

عبد الرزاق السنهوري

الوزير
رئيسًا

في سيرته الفاضلة والخدمية الجليلة

أسباب كسب الملكية

مع الحقوق العينية الأصلية المقررة عن الملكية
من الانتفاع ومن الارتفاق

المجلد التاسع

دار النهضة العربية
القاهرة

الوسيط
في شرح القانون الملكية

(٩)

أسباب كسب الملكية

مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

تأليف

عبد الرزاق محمد الشنوب

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

القسم الأول

أسباب كسب الملكية

تمهيد^(٥)

١ - التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية : يتم كسب الملكية بأسباب معينة . وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الالتزام . وكل من أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام يمكن تقسيمه تقسيميا علميا ، يقوم على أساس واحد .

(*) مراجع عامة في التقسيم معا : بودرى وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - بودرى وتيسيه الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - أوبرى درو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ - بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ - بلانيول وريبيروبيكار جزء ٢ سنة ١٩٥٢ - دى باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ - بلانيول وريبيروبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ - كولان وكايتان ودى لاموراندير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ - جوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ - هنرى وليون وجان مازو دروس في القانون المدني جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ - مارق ورينو جزء ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ - كاربونييه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ - أنسيكلويدى دالوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ Accession وجزء ٣ سنة ١٩٥٣ Occupation ولفظ Possession وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Prescription civile ولفظ Servitude وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Usufruit ولفظ Usage-Habitation

محمد كامل مرسى جزء ٢ سنة ١٩٤٩ في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وجزء ٣ سنة ١٩٤٩ في الاستيلاء والالتصاق والشفعة وجزء ٤ سنة ١٩٤٩ في الحيازة والتضام وجزء ٥ سنة ١٩٥١ في الميراث وتصفية التركة وجزء ٦ في الوصية - في الشفعة وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ - شفيق شحاتة في النظرية العامة للحق العيني سنة ١٩٥١ - محمد عل مرقة جزء ٢ سنة ١٩٥٥ في أسباب كسب الملكية - عبد الفتاح عبد الباقى دروس في الأموال سنة ١٩٥٦ (ورسالة بالفرنسية في دور الحيازة في المتقول باريس سنة ١٩٤٣) - عبد المنعم البدرأوى في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ - اسماعيل خانم مذكرات في الحقوق العينية الأصلية جزء ٢ سنة ١٩٥٨ - عبد المنعم فرج الصدة في حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ - حسن كيرة في مصادر الحقوق العينية الأصلية (مذكرات على الآلة الكاتبة) سنة ١٩٦٤ - منصور مصطفى منصور في حق الملكية سنة ١٩٦٥ - محمود جمال الدين زكي في حسن النية في كسب الحقوق رسالة بالفرنسية القاهرة سنة ١٩٥٢ .

وكانت المادة ٦٦/٤٤ من التقنين المدني السابق تعدد أسباب كسب الملكية ، فتنص على أن « تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهي العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ، إضافة الملحقات للملك . الشفعة ، مضي المدة الطويلة » . فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقي ، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقدا ، وسمى الاستيلاء « بوضع اليد » فأوجد لبسا ما بين الاستيلاء والحيازة ، وعندما عرض للحيازة سببا « مضي المدة الطويلة » والحيازة أوسع بكثير من ذلك ، وأطلق على الالتصاق عبارة « إضافة الملحقات إلى الملك » وفي هذه التسمية شيء من الإغراب والإيهام . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « رتب المشروع هذه الأسباب ترتيبا منطقيا دون أن يعددها ، وهذا

وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته ، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة ، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قارن الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٥٠ ص ٦٠٦ هامش ٣) .

ويكون غير واضح فى نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد على عرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منشئة للملكية وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، وأسباب ناقلة للملكية وهى المقد والشفعة ، وأسباب خلافة فى الملكية وهى الميراث والوصية . ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما بيان ناقلان للملكية لا منشئان لها ، وإنما يتميزان بأنها ينقلان الملكية دون استخلاف كما قلنا . وذلك بأن أسباب الخلافة فى الملكية ليست فحسب هى الميراث والوصية ، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة، وحتى فى هذا المعنى لا تنحصر الوصية بسبب خلافة عامة ، بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب . وإنما أسباب الخلافة فى الملكية ، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة ، هى جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة ، فتكون أسباب الخلافة إذن هى المقد والشفعة والميراث والوصية . فكان الأولى إذن أن يقسم الأستاذ محمد على عرفة الأسباب إلى منشئة وهى الاستيلاء وحده ، وناقلة دون استخلاف وهى الالتصاق والحيازة ، وناقلة مع الاستخلاف وهى المقد والشفعة والميراث والوصية . فيستبدل على هذا النحو تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة مع الاستخلاف وناقلة دون استخلاف ، بتقسيمها إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة . ولما كان تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة هو ، من الناحية العملية ، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف ، فقد أثره التقنين المدني .

والالتصاق ، سواء كان اتصاقا بعقار أو اتصاقا بمقتول ، ليس إلا اتحاد شيء بآخر اتحادا ماديا ، فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعى . فالاتحاد المادى إذن هو سبب كسب الملكية ، والاتحاد المادى ليس إلا واقعة مادية .

والشفعة واقعة مركبة (complexe) ، اقترن فيها الشبوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، باعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الوقائع المادية .

والحيازة هى السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة ، ومن ثم تدخل الحيازة فى نطاق الوقائع المادية^(١) .

٢ — التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية : ولم يرد التقنين المدنى أن يأخذ بالتقسيم العلمى سالف الذكر ، إذ هو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع ، وسلك فى تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا علميا أقرب إلى الأذهان .

فيز بين كسب الملكية ابتداء فى شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (mode originale) ويتمثل ذلك فى الاستيلاء (occupation) ، وبين كسب الملكية تلقيا عن مالك سابق (mode dérivé) فننقل الملكية من مالك إلى مالك آخر ، وهذا هو شأن أسباب كسب الملكية الأخرى غير الاستيلاء . وهذه الأسباب الأخرى إما أن تكون بسبب الوفاة ويتمثل ذلك فى الميراث (succession) والوصية (testament) ، أو فيما بين

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط جزء أول فقرة ٢٢ .

الأحياء ويتمثل ذلك في الالتصاق (accession) والعقد (contrat)
والشفعة (préemption) والحيازة (possession) (١) .

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتصاق والحيازة سيان منشأتان للملكية جديدة منبئة للصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق ، فهما من هذه الناحية يشاركان الاستيلاء من حيث إن كلا من هذه الأسباب الثلاثة ينشئ ملكية جديدة دون أن ينقل ملكية قديمة (بلانيول وريير وبولانجي ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - نرسون (Nerson) في أنيكلويد والوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ - مازو ٢ فقرة ١٥٢٩ : فيما يتعلق فقط بتملك المنقول بالحيازة) . ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا المعنى : «وعلى هذا الأساس يكون الالتصاق والحيازة سببين منشئين للملكية لافاقلين لها ، إذ أن المالك الجديد لا يكتسب ملكية الشيء بالا لتصاق أو بالتقدم بإرادة المالك السابق ، بل استناداً إلى حكم القانون . كما أن الملكية التي يكتسبها بأحد هذين السببين ملكية جديدة ، لكونها مستقلة تماماً من الملكية السابقة» (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢ ص ٢ - ص ٣) .

والالتصاق ، في أكثر صورته ، يواجه مالكا سابقاً كان يملك المواد والأدوات التي التصفت بالأرض أو مالكا سابقاً كان يملك المنقول الذي امتزج بمنقول آخر ، فينقل ملكية هذه المواد أو هذا المنقول - هي ذاتها - إلى صاحب الشيء الأصل ، ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأبد في انتقالها . فإدام الشيء مملوكاً وكان باقياً لم يملك ، وإن تغيرت صورته ، فالملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، قائماً يكون ذلك بالانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها . ويستوى في ذلك أن يبقى الشيء المملوك محتفظاً بشكله الأصل كما في الحيازة ، أو أن يتغير هذا الشكل كما في الالتصاق ، فما دام الشيء باقياً فإن الملكية تبقى دائماً ، والتي يتبدل هو المالك لا الملكية . ولا يوجد إلا سبب واحد هو الذي ينشئ الملكية لا ينتقلها ، وهذا السبب هو الاستيلاء . فانه يواجه وقت أن يتحقق شيئاً لا مالك له ، فلم تكن هناك ملكية قائمة حتى تنتقل إلى مالك جديد ، ولم يندب من أن تكون الملكية التي كسبت بالاستيلاء هي ملكية مبتدأة ، لا ملكية انتقلت من شخص إلى آخر .

ويخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سيان نقلان للملكية فيما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سيان نقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعاً ، سواء كان نقل الملكية بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية ، فالعقد والشفعة ينقلان الملكية إلى خلف خاص ، والميراث ينتقلها إلى خلف عام ، والوصية تنتقلها تارة إلى خلف خاص وتارة إلى خلف عام . أما الالتصاق والحيازة ، فإنهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة إذن عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان الملكية ، بل هما ينتقلانها ، ولكن دون استخلاف . =

وكانت المادة ٦٦/٤٤ من التقنين المدني السابق تعدد أسباب كسب الملكية ، فتخص على أن « تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهي العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ، إضافة الملحقات للملك . الشفعة ، مضي المدة الطويلة » . فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقي ، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقدا ، وسمى الاستيلاء « بوضع اليد » فأوجد لبسا ما بين الاستيلاء والحيازة ، وعندما عرض للحيازة سببا « مضي المدة الطويلة » والحيازة أوسع بكثير من ذلك ، وأطلق على الالتصاق عبارة « إضافة الملحقات إلى الملك » وفي هذه التسمية شيء من الإغراب والإيهام . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « رتب المشروع هذه الأسباب ترتيبا منطقيا دون أن يعددها ، وهذا

وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته ، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة ، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قارن الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٢٥٠ من ٦٠٦ هامش ٣) .

ويكون غير واضح فى نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد على عرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منشئة للملكية وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، وأسباب ناقلة للملكية وهى العقد والشفعة ، وأسباب خلافة فى الملكية وهى الميراث والوصية . ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما بيان ناقلان للملكية لا منشئان لها ، وإنما يتميزان بأنها ينقلان الملكية دون استخلاف كما قلنا . وذلك بأن أسباب الخلافة فى الملكية ليست فحسب هى الميراث والوصية ، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة، وحتى فى هذا المعنى لا تنحصر الوصية بسبب خلافة عامة ، بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب . وإنما أسباب الخلافة فى الملكية ، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة ، هى جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة ، فتكون أسباب الخلافة إذن هى العقد والشفعة والميراث والوصية . فكان الأولى إذن أن يقسم الأستاذ محمد على عرفة الأسباب إلى منشئة وهى الاستيلاء وحده ، وناقلة دون استخلاف وهى الالتصاق والحيازة ، وناقلة مع الاستخلاف وهى العقد والشفعة والميراث والوصية . فيستبدل على هذا النحو تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة مع الاستخلاف وناقلة دون استخلاف ، بتقسيمها إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة . ولما كان تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة هو ، من الناحية العملية ، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف ، فقد أثره التقنين المدني .

بخلاف التقنين الحالي (السابق) (م ٤٣ / ٦٦) فقد عددها دون أن يرتبها ترتيباً منطقياً . وقد ميز المشروع بين كسب الملكية ابتداءً ، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه ، ويكون هذا بالاستيلاء ، وبين كسبها انتقلاً من مالك سابق . والكسب انتقلاً قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية ، أو يكون انتقلاً بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . ولم يعرض المشروع في هذا المكان للهبة كما فعل التقنين الحالي (السابق) ، فهي كسب من أسباب انتقال الملكية تندرج في العقد ، ولا محل لإفرادها بالذكر . وهي كعقد مسمى لها أحكام مفصلة يجب أن توضع في مكانها بين العقود المسماة ، وهذا ما فعله المشروع ، (١) .

وأسباب كسب الملكية التي ذكرها التقنين المدني هي أسباب عامة شاملة . فهي عامة ، إذ هي لا تقتصر على الملكية وحدها ، بل تتناول سائر الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وقد كانت واردة في المشروع التمهيدى بعد الحقوق المتفرعة عن الملكية ، حتى نعم حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه . فرأت لجنة المراجعة أن تقدمها في الترتيب وتجعلها تالية مباشرة لحق الملكية ، لأنها متحققة جميعها في حق الملكية ولا تتحقق جميعها في الحقوق المتفرعة عنه ، وما يتحقق منها في هذه الحقوق منصوص عليه في كل حق (٢) . وهذه الأسباب هي أيضاً شاملة ، فهي قد حصرت جميع أسباب كسب الملكية . ويلاحظ في هذا الصدد أن الملكية قد تنتقل جبراً على صاحبها بإرادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة في الشفعة ، وهنا ، حتى تكون الأسباب شاملة حقاً ، يجب أن نلحق بالشفعة ما يماثلها في نفس الظاهرة . ونذكر من ذلك استرداد الحصة الشائعة المبيعة قبل القسمة ، واسترداد الحق المتنازع فيه ، واشتراك الجار في الجزء الممل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ هامش ١ .

من الحائط المشترك ، والمزاد الجبرى عند تنفيذ الدائن على أموال المدين أو عند قسمة التصفية ، ونزع الملكية للمنفعة العامة ، والتأمين ، والمصادرة^(١) .
وهذه الأسباب كلها مذكورة في مواضعها ، فلا نعود إليها هنا^(٢) .

٣ — **خطة البحث :** ونسائر التقنين المدنى فى تقسيمه العمل لأسباب كسب الملكية ، فهو تقسيم واضح . ونبحث هذه الأسباب فى أبواب ثلاثة : نفرد الباب الأول منها لكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء ، ونجعل الباب الثانى لكسب الملكية بسبب الوفاة فنبحث الميراث والوصية ، ونخصص الباب الثالث لكسب الملكية فيما بين الأحياء فنبحث الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

(١) بلانبول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٤١ - فقرة ٢٨٤٢ - وقد اقترحوا أن تسمى هذه الطائفة من الأسباب « أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها »
modes dérivés d'acquisition non volontaire

(٢) أنظر أيضاً فى كسب الصانع للملكية ما يصنعه كمن يصنع طائرة أو باخرة فيملكها :
بلانبول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٦ .

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء الاستيلاء

(Occupation)

٤ — التمييز بين المنقول والعقار : الاستيلاء ، كسب لكسب الملكية ، يفترض أن الشيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء . وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء ، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لا مالك له ، فهو شيء لا مال ، ويصبح مالا بالاستيلاء (١) .

ويندر أن توجد أشياء لا مالك لها في المجتمعات المتحضرة ، أما في المجتمعات البدائية التي لم تستغل مواردنا الاقتصادية ، وفي المجتمعات الجديدة الناشئة ، وفي البلاد الصحراوية ، فكثير من أشياءها يكون لا مالك له ، ومن ثم يرد عليه الاستيلاء .

وإذا كان الشيء الذي لا مالك له نادرا في المجتمعات المتحضرة ، فهو في العقار أندر منه في المنقول . ذلك أن العقار تقبل الناس على تملكه ، فلا يكاد يبقى عقار لا مالك له . وإذا بقيت أراض غير مزروعة في الصحراء أو في الجبل لا مالك لها ، فيغلب أن يتدخل المشرع ويعتبرها ملكا للدولة ، كما فعل المشرع المصري عندما نص في المادة ٨٧٤ / ١ مدني على أن « الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة » (٢) . لذلك يجب التمييز ، في الاستيلاء ، بين المنقول والعقار .

(١) محمد علي حرق ٢ فقرة ٨ ص ١١ .

(٢) أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة ٧١٣ مدني فرنسي على أن « الأشياء التي ليس لها مالك تكون ملكا للدولة » . ونص أيضا في المادة ٥٣٩ مدني فرنسي على أن « الأشياء السائبة التي لا مالك لها ، وأموال من يموت دون وارث أو من تخل الوارث عن تركه ، يتدخل في الدومين العام » . ولكن هذه النصوص تفسر في فرنسا على أنها مقصورة على العقارات

البحث الأول .

الاستيلاء على المنقول

٥ — المنقول الذي لا مالك له — نص قانوني : يقع في بعض الأحيان أن يكون المنقول ليس له مالك ، إما بالأب لا يكون له مالك منذ البداية ، أو بأن يكون له مالك ثم يتخلى هذا عن ملكيته فيصبح المنقول لا مالك له .

مثل المنقول الذي لا يكون له مالك منذ البداية (*res nullius*) : الأشياء المشتركة (*res communes*) ، والسماك في الماء ، والطير في الهواء ، والحيوانات غير الأليفة .

وقد يكون للمنقول مالك ، ثم يتخلى هذا عنه ، وقد نصت المادة ٨٧١ / ١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « يصبح المنقول لا مالك

دون المنقول ، فالمقار الذي لا مالك له هو وحده الذي يكون ملكاً للدولة فلا يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٣ وفقرة ٥٩٠) . أما المنقول فيجوز ألا يكون له مالك ، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٣ ص ٦٧) . وقد كان مشروع التقنين المدف الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٤ يحمل كلا من المقار والمنقول إذا لم يكن له مالك ، ملكاً للدولة ومن ثم كان هذا المشروع لا يقر الاستيلاء سبباً لكسب الملكية ، وكانت إحدى مواد هذا المشروع تنص على ما يأتي :

« لا تعترف القوانين المدنية بالحق في الاستيلاء ، والأشياء التي لم يكن لها مالك أصلاً ، والتي أصبحت لا مالك لها لتخل أصحابها عنها ، تكون ملكاً للدولة . ولا يجوز لأحد أن يملكها ، إلا بمجازة كافية لملك بالتقادم » (فنية ٢ ص ١٢٤) . ولكن هذا النص حذف من المشروع ، بناء على ملاحظة قدمتها محكمة استئناف باريس ، واستندت فيها إلى أن بعض الصناعات *industrie des chiffonniers* تقوم على التقاط المخلفات والمنقولات التي يتخلى عنها أصحابها ، فتحولها إلى ورق أو إلى مواد أخرى ذات فائدة . وقد استبدل بالنص المحذوف نص المادة ٧١٣ مدني فرنسي سالف الذكر . وأصبح مسلماً في القانون الفرنسي . أن هذه المادة الأخيرة مقصورة على المقار دون المنقول كما سبق القول . وقد أكدت لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي هذا المعنى ، عندما عدلت في مشروع تنقيحها المادة ٧١٣ مدني فرنسي على الوجه الآتي : « المقارات التي ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة » (لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي سنة ١٩٤٦ - سنة ١٩٤٧ ص ٨١٧ - ص ٨٢٠ و ص ٨٢٠) .

له ، إذا تخلى عنه مالكة بقصد التزول عن ملكيته ، (١) . فإذا تخلى مالك المنقول عنه بقصد التزول عن ملكيته ، فقد هذه الملكية وأصبح المنقول ليس له مالك ، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يملكه بالاستيلاء . مثل ذلك أن يلتقى شخص فى الطريق ، أو فى سلة المهملات لتلقى فى الطريق ، أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع له ، قاصدا بذلك التزول عن ملكيتها (٢) . ومثل ذلك أيضا أن يحوز شخص حيوانا غير أليف فيملكه بالاستيلاء ، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته فيفقد لها ، ثم يعود إلى حيازته مرة أخرى فيعود إلى تملكه بالاستيلاء . ومثل ذلك أخيرا الطير والأترية التى تستخرج من باطن الأرض وتلقى على قارعة الطريق ، كما إذا حفر شخص خندقا فى أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا .

ويشترط فى التخلي الذى يفقد المالك ملكية المنقول أن يكون متوافرا على عنصرين : (١) عنصر مادي ، هو ترك المنقول يخرج من حيازته . (٢) وعنصر معنوي ، هو نية التزول عن ملكية المنقول ، وقد تستخلص هذه النية من الظروف كما هو الأمر فى إلقاء الأشياء فى الطريق أو فى إطلاق الحيوان غير الأليف بعد اعتقاله ليعود إلى حرته . وعلى ذلك إذا ضاع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٢ / ١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يستعمل لفظ «سائبة» بدلا من عبارة «لا مالك له» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١/ ٩٤٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/ ٩٤٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لا مالك له» بلفظ «سائبة» ، وذلك «دفعاً للشبهة التى تتبادر إلى الذهن من دلالة السائبة فى الإسلام» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/ ٨٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ١/ ٨٢٩ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م ١/ ٨٧٥ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٤ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل .

(٢) انظر مايل بقرة ١٠ .

منقول من مالكة ، فان المالك لا يعتبر متخلياً عن ملكيته ، فهو إذا كان قد قد حيازته فان ذلك لم يقترن عنده بنية التزول عن الملكية (١) .
 ويفهم من نص المادة ٨٧١ / ٢ مدني ، عن طريق التدليل العكسي ، أن العقار لا يجوز أن يتخلى مالكة عنه ، إذ النص مقصور على المنقول .
 فمن تخلى عن عقار ، قاصدا التزول عن ملكيته ، تخلصاً من الضرائب مثلاً أو من أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، فان العقار يبقى بالرغم من ذلك على ملكيته ، فلا يفقد هذه الملكية ، ولا يؤول العقار للدولة .

٦ — كيف يتم التزول عن المنقول الذي لا مالك له — نص قانوني :

نص المادة ٨٧٠ مدني على ما يأتي :

« من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه » (٢) .
 ويخلص من هذا النص أن للاستيلاء أركاناً ثلاثة ، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سبباً لكسب الملكية :
 أولاً — منقول لا مالك له : وقد رأينا فيما تقدم (٣) أن المنقول الذي لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك في أول

(١) وإذا توافر العناصر المادية والمعنوية في التخلّي ، أصبح المنقول لا مالك له ، وسقطت ملكية صاحبه . ولا يشترط لسقوط الملكية أن يستولي أحد على المنقول ، بل إن مجرد التخلّي مسقط للملكية (عبد المنعم البدر أوى بقرة ٣٧٢ ص ٤١٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٧ - ص ١٨٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٩/ ٥٦ : الأموال التي ليس لها مالك تعتبر ملكاً لأول واضح يد عليها . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٩٨ / ١ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) انظر آنفاً بقرة . .

الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته . ففي الحالتين يرد الاستيلاء على هذا المنقول الذى لا ملك له ، فيكون سببا في كسب ملكيته لمن وضع يده عليه . ويجب أن يكون المنقول ماديا ، فالمنقول المعنوى لا يرد عليه الاستيلاء . فلو أن شاعرا نظم شعرا ، ولم يرض عنه فآلى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر في الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه للمعنوى في الشعر الذى نظمها ، فالتقط الورقة عابر في الطريق وأستولى عليها ، فإنه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر في شعره . ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر ، وأن يستعمل في شأنه حق المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء ، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى ، وليس منقولا ماديا حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء . وقد وقع مثل ذلك فعلا في فرنسا ، فزق منصور الصورة التى رسمها ولم يرض عنها ، وآلى بها في الطريق ، فالتقطها أحد المارة . ف قضى بالألا حق له في جمع شتات أجزاء الصورة وإعادةها إلى أصلها وبيعها ، إذ اعتبر بيع الصورة هنا بعد جمع شتاتها نشرا للصورة (١).

ثانيا - وضع اليد على هذا المنقول : وهذا هو العنصر المادى للحيازة . فيجب حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه ، فيصبح في قبضة يده ، ويستأثر به دون سائر الناس (٢) .

ثالثا - نية التملك : وهذا هو العنصر المعنوى للحيازة . فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى

(١) محكمة السين المدنية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ وألوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩ - باريس ٦ مارس سنة ١٩٣١ دألوز ١٩٣١ - ٢ - ٨٨ - بلا فيول ورييرويكار ٣ فقرة ٥٩٢ ص ٦٠٣ هامش ٢ - وأنظر أيضاً محمد على عركة ٢ فقرة ١٦ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٥ - اسماعيل غانم ص ٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٢ - حسن كيرة ص ٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٨ منق على ماينأت : ١ - كل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحاً لا ملك له ، ملكه . ٢ - والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشيء ، كحصد الكلاء والاحتطاب من أشجار الجبال . ويكون حكماً بقرينة سبب الإحراز كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة للصيد .

والمعنوى . فيصبح حائزا للمنقول ، وهذه الحيازة هي عين الاستيلاء . فلو التقط شخص منقولا ملقى في الطريق مدفوعا بعامل الفضول ، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية في الطريق ، فانه لا يملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك . ولما كانت نية التملك واجبة ، فان عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يملك منقولا بالاستيلاء ، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز .

ونرى من ذلك أن الحيازة وحدها هنا ، غير مقترنة بأية واقعة أخرى ، تكفى للتملك . ويرجع ذلك إلى أن الشيء الذي يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له كما قدمنا ، فتملكه لا يتضمن سلبا للملكية الغير ، ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية . أما إذا كان المنقول مملوكا لشخص غير الحائر ، فالحيازة وحدها لا تكفى ، بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية . فاذا كان الشيء عقارا ومملوكا لشخص غير الحائر ، وجب لتملكه إلى جانب الحيازة انقضاء مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، أو انقضاء مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات على أن يقترن بذلك أيضا السبب الصحيح وحسن النية . كذلك في تملك الثمار بالحيازة ، يجب أن تقترن الحيازة بحسن النية .

وننتقل الآن إلى بعض تطبيقات للاستيلاء ، ورد أكثرها في التقنين المدني ، ونميز فيها بين المنقول الذي ليس له مالك منذ البداية ، فنعرض للشيء المشترك ولصيد البر والبحر وللحيوانات غير الأليفة ، وبين المنقول الذي كان له مالك ثم أصبح لا مالك له ، فنعرض للأشياء المتروكة وللكنز وللقطة (الأشياء الضائعة) وللأشياء الأثرية وللتركة التي لا وارث لها .

§ ١ - المنقول الزى له مالك منذ البراءة

٧ - الشيء المشترك : هناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس ، كالشمس والهواء والبحر . وهي غير قابلة للتعامل فيها ، لاستحالة هذا التعامل .

ولكن قد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي ،
فعند ذلك تصبح منقولا ليس له مالك ، ويجوز تملكها بالاستيلاء . (١)
فأشعة الشمس يمكن أن يحصرها الفوتوغرافي ، والهواء يمكن أن يستعمله
الكيميائي في أغراضه ، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون
محلا للملك (٢) ، فكل من الفوتوغرافي والكيميائي ومغترف الماء من
البحر يملك بالاستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه (٣) .

٨ - صير البر والبحر - نص قانوني : تنص المادة ٨٧٣ مدني
على ما يأتي :

(١) بلانيول ورييروبولانجي ١ فقرة ٢٥٣٩ .

(٢) كما لو أحرز شخص أو شركة مقداراً من ماء البحر لاستخراج الملح منه ، فانه
يملك هذا المقدار من ماء البحر (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٢٤٧) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٢٢٧ - وقد جاء في التقنين المدني العراقي نصوص لا مقابل لها
في التقنين المدني المصري ، بعضها يتعلق بالماء والكلا والنار (وهي أشياء ثلاثة تشترك فيها
كل الناس ، وقد تعتبر شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً) ، وبعضها يتعلق بالأشياء المباحة ، كإقتطاع
الأشجار والأحطاب والأحجار من الجبال المباحة ، وكرمي المواشي في المراعي المباحة .
وفورد فيما يلي هذه النصوص .

م ١٠٩٩ : ١ - الماء والكلا والنار مباحة ، والناس في هذه الثلاثة شركاء
فيجوز لهم الانتفاع بها ، وإحراز الماء والكلا بشرط عدم الضرر . ٢ - ويعتبر مباحاً
الكلا الثابت في ملك شخص بغير قصده ، ولكن للمالك أن يمنع الغير من الدخول في ملكه .
٣ - وللإنسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرز ، وفي المساق والقنوات المملوكة
لغير بشرط عدم الضرر .

م ١١٠٠ : ١ - يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة ، إذا لم تكن من
المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير
ذلك من المواد التي يحتاج إليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته .
٢ - وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعي المختصة من قديم بأهل القرى
والقصبات ، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيها مواشيهم ، وأن ينتفعوا بنباته ، من
غير أن يؤثروا شيئاً من الرسوم . ويجوز لغير أهل القرية ، إن لم يكن مضرراً بأهلها ، أن
يرعوا مواشيهم في هذا المرعى ، وأن ينتفعوا بنباته ، وفق ما يميزه القانون .

« الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » (١) .

وندع جانباً القوانين واللوائح الكثيرة التي تنظم الصيد ، فهي تعرض لمسائل تفصيلية تدخل في مباحث القانون الإداري (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه المراجعة تحت رقم ٩٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٨٣/٥٩ : يتبع في حقوق الصيد في البر والبحر منطوق اللوائح المخصصة بها .
(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى

التقنين المدنى السورى م ٨٣١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى المراقى م ١١٠٣ (مطابق).

م ١١٠٢ :

١ - الصيد مباح براً وبحراً ، ويجوز اتخاذه حرفة . ٢ - وشرط الصيد أن يمتنع الحيوان عن الإنسان بقدرته على الفرار ، ثم يحرزه الصائد بعمله قاصداً صيده .
قانون الملكية المقاربية البنائى لا مقابل .

(٢) مثل ذلك لائحة الصيد الصادرة في ٤ أغسطس سنة ١٩١٢ - ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ والخامس بصيد الأسماك في البحيرات والمياه الداخلية والمياه البحرية وقناة السويس وبالملاحة في البحيرات الداخلية . وقد عدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٤٨ ، وبالقانون رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٥٣ (بشأن صيد الإسفنج) ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٧٠٣ لسنة ١٩٥٤ - ومثل ذلك القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحرية في منح حق إستغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة النهرية من المياه البحرية المصرية ، والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحرية في منح حق إستغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة النهرية من المياه الإقليمية البحرية ، والقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحرية في منح حق إستغلال صيد الأسماك والمحار والبط والأوز والسمان ببعض البحيرات بمورسميد - ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩٤٦ بتقرير بعض المخطورات على صيد الأسماك ، المعدل بالقانون رقم ٢٣٣ لسنة ١٩٥٣ - ومثل ذلك المرسوم الصادر في ٢١ يوتيه سنة ١٩٤٨ بإنشاء مجلس استشارى للمصايد - ومثل ذلك القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٣ بحظر صيد بعض الحيوانات البرية .

وهذه التشريعات إنما تنظم حق ممارسة الصيد كهيئة . أما حق تمتك ما يصاد فهذه مسألة من مسائل القانون المدنى ، وكذلك حق الصيد باعتباره من متعلقات حق الملكية .

وتبقى الناحية المدنية ، فالطير في الهواء والسماك في الماء منقول لا مالك له منذ البداية ، فيجوز لمن يستولى عليه أن يملكه بالاستيلاء . والاستيلاء هنا هو صيد الطير أو السمك ، فالصائد إذا صاد طيراً أو سمكاً وأصبح في قبضة يده ، فقد ملكه .

والأصل في صيد الطير أن حق الصيد في أرض يملكه صاحب هذه الأرض . فإذا كانت الأرض شائعة ، كان لكل مالك في الشيوع حق الصيد فيها ، أما التزول للغير عن حق الصيد فيقتضى رضاء جميع الملاك في الشيوع (١) . وإذا ترتب على الأرض حق انتفاع ، فالمنتفع هو الذي يكون له حق الصيد (٢) . أما المستأجر للأرض فلا يكون له حق الصيد فيها ، إلا باتفاق خاص (٣) . فإذا كان الصيد في طريق عام ، فهو مباح للجميع ، بشرط مراعاة القوانين واللوائح التي تنظم هذا الحق . ولا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد ، فحق الارتفاق لا يترتب لمصلحة شخص وإنما يترتب لمصلحة عقار (٤) . ولكن يجوز لإيجار حق الصيد ، وتسرى عليه أحكام عقد الإيجار (٥) . ويكون إيجار حق الصيد تبعاً لإيجار الأرض ، أو مستقلاً عنها . وعلى ذلك يكون للمالك الأرض أن يؤجر حق الصيد فيها مستقلاً عن الأرض ذاتها ، فيستبقى لنفسه الانتفاع بالأرض ويؤجر حق الصيد فيها لآخر ، كما له أن يؤجر الأرض لشخص وحق الصيد

(١) نقض فرنسي جنائ ١٩ يونيه سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٢٩٧ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٢) أوبري ورد ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٥ - وانظر مايل فقرة ٤٩١ في الهامش .

(٣) نقض فرنسي ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٦٣ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .

(٤) نقض فرنسي جنائ ٩ يناير دالوز ٩١ - ١ - ٤٨٩ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٦ .

(٥) أنظر مايل فقرة ٥٧٤ - وانظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ - وحق الصيد يكاد يكون متلافاً لحق يجوز لإيجاره ولا يجوز يمه (بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٧ - أنظر مع ذلك نقض فرنسي جنائ ٣ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٠٠ في التزول من حق الإيجار الجمعية) . ويلاحظ في هذا الصدد أن الوقت هو أيضاً يجوز لإيجاره ولا يجوز يمه .

لشخص آخر ، وله أخيراً أن يؤجر الأرض ويستبقى حق الصيد لنفسه .
 وإذا أجز صاحب الأرض حق الصيد ، لم يجوز له أن يصطاد بنفسه أو أن
 يسمح لأحد آخر بالصيد ، لأن هذا الحق قد أجره ونزل بذلك عن حق
 الانتفاع به . أما إذا سمح صاحب الأرض بالصيد فيها لآخر ولو بمقابل ،
 فهذا السماح لا يعتبر إيجاراً بل عقداً غير مسمى تعهد به صاحب الأرض
 بالامتناع المتعاقد الآخر من الصيد في أرضه ، وهذا العقد غير المسمى
 لا يمنع صاحب الأرض من الصيد في أرضه ، ولا يمنعه أيضاً من السماح
 لأشخاص آخرين بالصيد (١) .

ويتحقق الاستيلاء على الطير بصيده ووقوعه ميتاً ولو في أرض
 الغير وإحرازه . ولكن ليس من الضروري لتحقيق الاستيلاء الإحراز
 المادي للطير ، فالمسلم به أنه يكفي أن يقع الطير ميتاً أو مجروحاً جرحاً
 قاتلاً بحيث لا يستطيع توقي مطاردة كلاب الصيد له ولا يستطيع الفرار
 منها ، فيكون إحرازه أمراً محققاً وشيك الوقوع (٢) . أما إذا كان الطير
 لم يجرح جرحاً قاتلاً وكان يستطيع الفرار ، فقبل إحرازه لا يتحقق
 تملكه بالاستيلاء ، ويجوز للغير أن يستولي عليه فيملكه . وقد تقوم
 صعوبات عملية فيما إذا اصطاد شخصان طيراً واحداً في وقت واحد

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ ص ١٣٨ هامش ٢ .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ١٢١ - أوبري ورو
 ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٢٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٢٤٦ - بلانيول وريبير ويكار
 ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ - حق لو وقع الطير في أرض الغير فإن الغير لا يملكه (عبد المنم
 فرج الصلة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٥) . وإذا
 استولى الغير على الطير وهو في هذه الحالة بنية تملكه عد سارقاً ، لأن الصائد أصبح مالكا
 للطير بالاستيلاء (ديجون ٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ بيرييه ١٩١١ - ٢ - ٦٨ - محمد علي حمزة
 ٣ فقرة ١٣ ص ١٧ - عبد المنم البدرأوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - وقارن
 شحاتة فقرة ٢٠٢ ص ٢١٢) .

أو على التعاقب^(١) ، وفيما إذا لم يعثر على الطير بعد وقوعه ثم عثر عليه بعد ذلك ، وكل هذه من مسائل النواقع يبت فيها قاضى الموضوع^(٢) .
والسمك فى الماء ، وسائر الأحياء المائية^(٣) ، هى أيضا منقول لا مالك له ، ويجوز تملكه بصيده ، فيكون سبب كسب الملكية هو الاستيلاء . وينظم الصيد فى البحر والبحيرات والمياه الداخلية لوائح كثيرة متنوعة . ولكن السمك الذى يوجد فى مجارى المياه المملوكة ملكية فردية ، كالترع والمصارف الخاصة والمستنقعات ، لا يعتبر منقولا لا مالك له ، بل هو ملك للمالك مجرى الماء الذى يوجد فيه السمك . ولا يجوز صيد السمك فى مجارى المياه الخاصة إلا باذن أصحاب هذه المجارى ، وإذا صاد شخص هذا السمك دون إذن يعتبر سارقا له^(٤) . ويتحقق الاستيلاء على السمك الذى لا مالك له بصيده ووقوعه فى شبكة الصائد بحيث لا يستطيع الإفلات منها . فإذا تمكن السمك من الإفلات ولم يستطع الصائد إحرازه قبل أن يفلت ، وعاد السمك إلى الماء ، فإنه يعود منقولا لا مالك له ، ويجوز لأى شخص آخر صيده .

٩ - الحيوانات غير الأليفة - نص قانونى : تنص المادة ٨٧١/٢ مدنى على ما يأتى :

« وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق ، عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا

(١) فإذا صاد الطير اثنان على التعاقب ، بأن أطلق الأول عياراً نارياً فأصاب الطير إصابة قاتلة ، ثم أطلق الثانى عياراً نارياً آخر فأجهز عليه ، فإنه يكون ملكاً للصائد الأول دون الصائد الثانى ، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بأن الصيد يكون شركة بين الصائدين (بيدان وفواران ٤ ص ٧٨٥ فى الهامش - بلانيول وريبيروبولانجيه ١ فقرة ٢٢٤٧).

(٢) نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٩ سيرييه ٨٠-١-١٦٩ - بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ .

(٣) وكل ما يوجد فى البحر من لؤلؤ وأصداف وأحجار أخرى ثمينة وقواقع ومجارى وغير ذلك .

(٤) نقض فرنسى جنائ ١٢ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٢٢٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٢٩ - ٢٤٠ - بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٠٤ .

كف عن تتبعه . وماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له ، (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيوانات الأليفة ، كالدواجن والمواشي والخيل والحمير والبغال والكلاب والقطط والقردة والنسائيس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة ، لا تعتبر منقولا لا مالك له ، ولا يجوز تملكها بالاستيلاء . فهي عادة يكون لها صاحب يملكها ، ولا تزول ملكيته عنها إلا بانتقالها إلى غيره بسبب ناقل للملكية ، ولا يكون ذلك بالاستيلاء . وإذا ضلت هذه الحيوانات أو تسربت ، فإن صاحبها لا يفقد ملكيتها ، وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة . وإنما تملك بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها ، فتصبح عندئذ منقولا لا مالك له ، ومن ثم يكسب ملكيتها من يستولى عليها ، وذلك كالكلاب والقطط - إذا تخلى عنها أصحابها .

أما الحيوانات غير الأليفة ، ويدخل في ذلك الحمام والنحل ، كما تدخل الحيوانات التي تعيش طليقة على حالتها الأصلية من الحرية الطبيعية كالغزلان والذئاب والثعالب والطيور ، بل تدخل الحيوانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلاقات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لامالك له» بكلمة «سائبة» ، وعبارة «الحيوانات غير الأليفة» بعبارة «الحيوانات المتوحشة» وذلك «مادام المقصود بالمتوحش هو غير الأليف ، لتلا يفهم منها أنها حيوان الغابات آكلة الحوم» . ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٧١ / ٢ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) .

ولامقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٢/٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبنانية لا مقابل .

التي تعيش عادة في الغابات كالأسود والنمور والقبيلة^(١) ، فهذه جميعا لا مالك لها منذ البداية ، وتبقى كذلك ما دامت طليقة . ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء ، ويتم ذلك باعتمالها وترويضها واستئناسها . فإذا شيد شخص أبراجا يأوى إليها الحمام ، أو اعتقل غزالا أو طيرا وحبه في قفص ، أو أحرز أسودا ونمورا وقيلة لتعرض في ملعب من ملاعب السيرك ، فإنه يملك هذه الحيوانات غير الأليفة بالاستيلاء ، وتبقى ملكا له ما دامت معتقلة غير طليقة .

فإذا أطلق هذه الحيوانات ، أو انطلقت من نفسها بغير علمه أو بالرغم منه ، عادت حيوانات لا مالك لها ، ويجوز لغيره تملكها بالاستيلاء على النحو الذي كان هو قد تملكها به . وذلك مادام لم يتبعها فورا بعد علمه بانطلاقها ليعيد اعتقالها ، أو تتبعها فورا ولكنه كف عن تتبعها يأسا منه أو زهدا فيها فبقيت طليقة . أما إذا تتبعها فورا ، ولم يكف عن تتبعها حتى أمسك بها وأعاد اعتقالها ، فإن ملكيته لها التي كسبها بالاستيلاء في أول الأمر تبقى ولا تزول ، حتى في خلال الفترة التي كان يتبعها فيها فهي طليقة . ولا يجوز لشخص آخر أن يستولي عليها في هذه الفترة وهو عالم بحالتها ، وإلا عد سارقا لأنه اختلس منقولا ملوكا لغيره .

وإذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع إلى المكان المخصص لها ، كالحمام في الأبراج ، فإنها تبقى ملكا لمن استولى عليها ، حتى في الفترة التي تغادر فيها الأبراج وتطير في الهواء ، ما دامت قد ألفت الرجوع إلى الأبراج وما دامت ترجع بالفعل إليها . فإذا فقدت هذه العادة ، ولم تعد ترجع إلى الأبراج ، فإنها تعود طليقة ، وتصبح مرة أخرى منقولا لا مالك له ، ومن ثم يجوز لأي شخص تملكها ثانية بالاستيلاء على النحو الذي سبق بيانه .

(١) بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ١٥ - وقارن مادار من المناقشة في هذا الصدد

في لجنة مجلس الشيوخ آتقا ص ٢٥ هامش ١ ،

§ ٢ - المنقول الذي له مالك

١٠ - الأشياء المتروكة : ويقصد بها الأشياء المنقولة التي تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها ، وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التي يستغنى عنها فتلقى في سلة المهملات ومخلفات المنازل التي تلقى في صناديق القمامة وبقايا المأكولات التي يتركها الإنسان في قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه في قارعة الطريق . ويدخل في ذلك أيضا البدرات من النقود الصغيرة ، التي يلقي بها على الجمهور ليلتقطها في الحفلات والأعراس^(١) . وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة (*res derelictae*) ، لأن صاحبها يتركها بنية التخلي عنها (*derelicto, abandon*) . فالترك إذن ، كما سبق أن بينا^(٢) ، يتكون من عنصرين ، أحدهما مادي وهو التجرد عن حيازة الشيء ، والآخر معنوي وهو نية التخلي عن ملكية الشيء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه^(٣) . وعلى ذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية . فالأولى كان لها مالك ، ثم تخلى عن ملكيتها . أما الثانية فلم يكن لها مالك أصلا ، كالطير في الهواء والسماك في الماء والحيوانات غير الأليفة على التفصيل الذي سبق بيانه . ولكن الأشياء المتروكة والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية سواء من حيث الاستيلاء ، فكلاهما يرد عليه الاستيلاء لأنه وقت أن يتم إحرازه والاستحواذ عليه لا يكون له مالك ، إما لأن المالك قد تركه أو لأنه لم يوجد له مالك أصلا . كذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء الضائعة (اللقطة) . فالأشياء المتروكة تخلى عنها صاحبها طوعا وعن بينة من أمره ، فققد ملكيتها . أما الأشياء الضائعة فلم يتخل عنها صاحبها طوعا ، بل هو قد فقدها بغير إرادته ولم يستطع

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ هاش ٦ .

العثور عليها ، ولعله لا يدري أنه فقدما ، ولذلك تبقى ملكيتها له ولا تزول إلا بسبب قانوني (١) .

والأشياء المتروكة ، على النحو الذي قدمناه ، تصبح منقولا لا مالك له (٢) ، ومن ثم يجوز لأي شخص أن يملكها بالاستيلاء بل يجوز للمالك الأصلي نفسه ، إذا بدا له ذلك ، أن يعود فيستولي عليها إذا لم يكن أحد قد استولى عليها من قبل ، وعند ذلك يملكها مرة أخرى ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء .

١١ - الكنز - نصي قانوني : تنص المادة ٨٧٢ مدني على ما يأتي :

- ١ - الكنز المدفون أو المحبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .
- ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خاصا لواقف ولورثته (٣) .

(١) انظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) انظر م ١/٨٧١ مدني آنفاً فقرة ٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - الكنز المدفون أو المحبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته . فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً لواقف ولورثته . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٤ في المشروع النهائي ، بعد أن حذفت منه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى « فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده إلخ » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٨١/٥٨ : المال المدفون في الأرض الذي لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض . وإذا لم يكن للأرض مالك ، كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . (وحكم التقنين السابق لا يختلف عن حكم التقنين الجديد إلا في أنه يجعل الكنز لمن وجده إذا لم يكن للأرض مالك . ويلاحظ أنه من النادر جداً ألا يكون للأرض مالك في مصر ، فقد قدمنا أن مالك الأرض لا يفقد ملكيتها حتى إذا تخل عنها - انظر آنفاً فقرة ٥ - وسنرى أن الأراضي الصحراوية والأراضي غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة) .

ونخلص من هذا النص أنه يجب أن يتوافر في الكثر شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون مدفونا أو مخبوءا : فهو إذن مال منقول .
أما العقار المدفون فيكون عادة أثرا من الآثار القديمة (١) ، تسرى عليه الأحكام المتعلقة بالآثار التاريخية لا الأحكام المتعلقة بالكثر . وما دام مدفونا أو مخبوءا فإنه يكون متميزا عن الأرض ، فما يوجد من معادن ونفط وأحجار في باطن الأرض لا يكون كثرًا ، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفونا أو مخبوءا فيها (٢) . وإذا لم يكن المنقول مدفونا

= ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٠ : الكثر المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، تكون ثلاثة أخماسه لملك العقار الذي وجد فيه الكثر ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة ، مع مراعاة النصوص الواردة في القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٦ تتكون من ثلاث فقرات ، الفقرتان الأولىان مطابقتان لفقرتي المادة ٨٧٢ / مدني مصري ، والفقرة الثالثة تجرى على الوجه الآتي : « وإذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كثر في مال يملكه لغيره ، اقتسمه مع المالك مناصفة » . (والتقنين الليبي يقسم الكثر مناصفة بين صاحب العقار ومن كشف الكثر) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠١ : الكثر المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته ، يكون لملك العقار إن كانت الأرض مملوكة ، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ، وبلهية الوقف إن كانت الأرض موقوفة وفقا صحيحا . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه يجعل الكثر الذي عثر عليه في أرض موقوفة بلهية الوقف لا للواقف وورثته ، ويصرح هذا التقنين بأن الكثر للدولة إذا عثر عليه في أرض أميرية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٧ : إن الكثر الذي يثر عليه في الأرض تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة العامة ، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عنها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار لقديمة . (وأحكام القانون اللبناني تطابق أحكام التقنين السوري) .

(١) وقد قضى في فرنسا أنه لا يعتبر كثرًا الموازيك الموجود في باطن الأرض والذي يرجع إلى العهد الروماني (باريس ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٩٧ - نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤) .. ويعد ملكا لصاحب العقار الذي يعد الموازيك جزءا منه (كولان كابتان ودي لا موراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٤) ،

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه

فقرة ٣٣٦٠ .

أو مخبوءاً ، بل كان ملقاً على سطح الأرض ، فهو ليس بكنز ، ويعتبر شيئاً ضائعاً تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة^(١) . وليس من الضروري أن يكون الكنز مدفوناً أو مخبوءاً في باطن الأرض أو في حائط لبناء قائم ، أى في عقار . بل يجوز أن يكون مخبوءاً في منقول آخر محتويه ، كما إذا عثر على مجوهرات أو ذهب أو نقود في درج سرى من أدراج المكتب ، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة على صفحات كتاب أو سجل قديم^(٢) .

(والشرط الثانى) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول : فإذا استطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأنه كان قد دفنه في باطن الأرض أو خبأه في مخبأ سرى خوفاً عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقاءه محفوظاً ، فإنه لا يعتبر كنزاً ، ويجوز للمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق^(٣) .

ويلاحظ أن الكنز - بهذا التحديد - ليس من اللقطة أن يقال إنه منقول لا مالك له . فقد رأينا أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية ، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته . والكنز ليس هذا ولا ذاك ، فهو قد كان له مالك ، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصاً عليه عندما دفنه

(١) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤ - ص ٦١٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٤١ هامش ٢٨ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١ - ولكن لا يعتبر كنزاً المجوهرات والأشياء الثمينة المفقودة مع جثة الميت لاعتبارات دينية لو أدية ، إلا إذا أصبح الوارث لهذه الأشياء غير معروف ولم تكن أشياء أثرية (بوردو ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ سيرة ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٣ - مارك ورينو فقرة ٢١٦ ص ٤٠٧ - ص ٤٠٨) .

(٣) ولا يشترط في الكنز أن يثر عليه بمحض الصدقة ، فقد يتوقع شخص أن يكون في أرض كثر ويحس للكشف عنه ، فإذا وجد سرت عليه الأحكام المتعلقة بالكنز . كذلك لا يشترط في الكنز أن يكون قديماً وإن كان ينبغي أن يكون كذلك ، ولكن يصح أن يكون هناك منقول قد دفن أو خبئ من عهد قريب جداً ، فإدام أحد لا يستطيع أن يثبت ملكيته فإنه فهو كنز (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٢٤١ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١ ص ١١٠٢) .

أو خباه . لذلك يبدو أن الكتز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء^(١) ، كما يصح أن يكون محلاً للاستيلاء المنقول الذى لا مالك له . وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، فلأن الكتز يقرب من المنقول الذى ليس له مالك فى أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف^(٢) . من أجل ذلك لم تسر على الكتز أحكام الاستيلاء كاماة فى القانون الفرنسى ، ولم تسر أصلا فى القانون المصرى .

أما القانون الفرنسى فيقسم الكتز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكتز وبين من عثر على هذا الكتز ، فإذا كان من عثر عليه هو نفس مالك العقار فالكتز له كله (م ٧١٦ مدنى فرنسى)^(٣) . وفى الحالة الأولى ، إذا قسم الكتز مناصفة ، من عثر على الكتز يملك النصف بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ، لأن الاستيلاء لا يرد على الكتز^(٤) كما قدمنا . وقد رأى المشرع الفرنسى أن الكتز ، ومالكه غير معروف ، يتقاسمه الشخصان اللذان لما شأن به ، وهما صاحب العقار ومن عثر على الكتز . أما من عثر على الكتز ، فلأنه هو الذى كشف عنه وقد

(١) قرب كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٢٣ - بلانيول وريير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦٥ - وانظر أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ occupation فقرة ٢٢ وقرة ٣٠ .

(٢) قارن محمد على عرقة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ .

(٣) وقد يكون هذا الحكم ، من بعض الوجوه ، أعاد من الحكم الذى ورد فى التقنين المدنى المصرى . فهو يعطى لمن عثر على الكتز ، إذا لم يكن هو مالك العقار ، نصف الكتز ، إذ هو الذى كشف عنه ولولا هذا الكشف لكان محتلا أن يبق الكتز مختبئاً لا يدري به أحد . هذا إلى أن إعطاء نصف الكتز لمن عثر عليه يشجع على أن يعلن كشفه للكتز ، أما إذا لم يكن له نصيب فيه بهذا المقدار فينقلب أن يكتم أمر كشفه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا ، ليستأثر به وحده ، وإن عد فى هذه الحالة سارقاً .

(٤) أنظر عكس ذلك بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٧ ص ٦١٦ .

كان قبل ذلك مدفونا أو مخبوءا (١) . وأما صاحب العقار ، فلأن هناك احتمالا أن يكون مالك الكتز هو أحد أجداده إذا كان يملك العقار من مدة طويلة ، وإلا فهناك احتمال آخر أنه كان يثر على الكتز وهو موجود في عقاره لو لم يسبقه من عثر على الكتز فعلا . وفي الحالة الثانية ، إذا عثر على الكتز مالك العقار نفسه فتملكه كله ، فهو يملكه لا بحكم الالتصاق فهذه ليست حالة من حالاته ، ولا بحكم الاستيلاء فالكتز لا يحسب أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا ، ولكن بحكم القانون (٢) . فقد رأى المشرع الفرنسي أن صاحب الشأن في الكتز هو صاحب العقار وحده ، فهو الذي يملك العقار ، وهو الذي عثر على الكتز ، ومن ثم لا يوجد أحد يزاحمه فكان له الكتز كله (٣) .

وأما القانون المصري فقد أغفل جانب من عثر على الكتز أصلا ، فلم يجعل له أي نصيب في الكتز . وقد يفسر ذلك بأن من عثر على الكتز إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة ، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث . فإن عثر عليه مصادفة ، فليس له فضل في العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك ، وهو لا يستطيع أن يملك الكتز بالاستيلاء إذ الكتز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا . وإن عثر عليه بناء على تكليف

(١) ويكنى العثور على الكتز أن يكشف عنه الشخص ولولم يستحوذ عليه ، بل ولو كشف عن بعض الكتز لا عنه كله ، ولولم يكن قد أدرك لأول وهلة أن الذي كشف عنه هو كتز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٩) . ولو أن طائفة من العمال كانوا يحفرون معا ، وكشف أحدهم عن كتز وهو يحفر ، لا يعتبر أنه هو وحده الذي عثر على الكتز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - كولان وكاييتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٠٠٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٦٤ .

(٣) أو قل إن مالك العقار يملك نصف الكتز باعتبار أنه هو الذي عثر عليه ، ويملك النصف الآخر باعتبار أنه هو مالك العقار ، وهو يملك كلا من النصفين بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ولا بحكم الالتصاق .

المالك إياه بالبحث ، فهو إنما كان يعمل لحساب المالك ، ومن ثم لا يكون له حق في الكتز ، والمالك يجزيه طبقاً لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق ، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وما دام القانون المصري قد أغفل جانب من عشر على الكتز ، فلا يبقى أمامه إلا مالك العقار الذي وجد فيه الكتز . وعلى ذلك جعل القانون المصري الكتز كله لهذا المالك ، سواء كان هو الذي عشر على الكتز أو كان شخص آخر هو الذي عشر عليه . فإذا كان هو الذي عشر على الكتز فإنه يملكه ، لا لأنه هو الذي عشر عليه فقد قدمنا أن من عشر على الكتز لا حق له فيه ، ولا لأنه تملك الكتز بالاستيلاء فقد قدمنا أن الكتز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء . وإنما يملكه بحكم القانون وحده (٢) ، فقد رأى المشرع المصري أنه ما دام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكتز فأولى الناس بالكتز هو صاحب العقار ، فقد وجد الكتز في عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكتز حقاً أقوى من حقه . وإذا كان غير المالك هو الذي عشر على الكتز ، فإن الكتز كله يكون مع ذلك للمالك وحده . فمن عشر على الكتز ، مصادقة أو بعد بحث ، لا يكون له حق في الكتز على الوجه الذي بسطناه . ولا يبقى إذن إلا صاحب العقار يملك الكتز

(١) أما في القانون الفرنسي حيث يكون لمن عشر على الكتز نصفه كما قدمنا ، فيصح أن يكون هذا الأخير قد بحث عن الكتز وبذل جهوداً في ذلك . فإن كان ذلك بتكليف من المالك ، فإنه يكون قد عمل لحسابه ، وليس له حق في الكتز . وإن فعل ذلك بغير تكليف من المالك ، فإنه يكون متدياً إذ بحث في أرض المالك دون إذنه ، فأولى ألا يكون له حق في الكتز . ولكن يقع أن يكون قد بحث دون تكليف من المالك ولكن على وجه مشروع ، كأن يكون صاحب حق انتفاع في الأرض أو يكون مستأجراً لها . وينهب بعض الفقهاء إلى إعطائه في هذه الحالة الحق في نصف الكتز لأنه لم يكن يعمل لحساب المالك ، وهو أولى بنصف الكتز من شخص شرع عليه مصادقة دون بحث حيث يكون له النصف بحكم القانون (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٨) .

وأما في مصر ، فصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، إذا عشر على كتز مصادقة أو بعد بحث ، فليس له أي حق فيه ، والكتز كله للمالك الرقبة ، وذلك بصريح النص (م ٨٧٢/١ ملق) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٤٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٢ - منصور

مصطفى منصور فقرة ١١١ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠ .

كله وحده ، ولا يأخذ من عثر على الكتز شيئاً إلا ما يتبرع به له المالك ، أو ما يتفق معه عليه ، أو ما تحوله له دعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص أو حق حكر أو كان لها مستأجر ، وعثر شخص على كتز في العقار ، فإن الكتز لا يكون لصاحب حق الانتفاع ولا للمحتكر ولا للمستأجر ، لأن الكتز لا يعتبر ثماراً حتى يملكها هؤلاء (٢) . ويكون الكتز كله للمالك الرقبة في حالة صاحب

(١) وماك العقار الذي يكون له الكتز هو المالك وقت العثور على الكتز . فلو أن قاصراً باع أرضاً بشئ ليس فيه غبن ، وفي اليوم التالي لبيع عثر المشتري على كتز في الأرض ، فهو له لا للبائع القاصر . ولا يستطيع البائع القاصر أن يتمسك بأن هناك غبناً في البيع ، فهو لم يبع إلا الأرض ولم يبع الكتز ، وليس هناك غبن فيما يتعلق ببيع الأرض (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٢ - Jacques - من ١٠٢ - ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ Trésor فقرة ٣١ - أنظر عكس ذلك باريس ٢٧ أبريل سنة ١٨٦٨ ص ١٨٦٨ - ٦٨ - ٢ - ١٤١) .

وإذا باع المالك الأرض وعثر المشتري على كتز فيها ، ثم أبطل البيع أو فسخ ، فهناك رأى يذهب إلى أن الأثر الرجعي للإبطال أو الفسخ يجعل الأرض لم تخرج أصلاً عن ملكية البائع ، فكان هو المالك وقت العثور على الكتز ، ومن ثم يكون الكتز له (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٦ مكررة - بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٦) . والأولى عدم إعمال الأثر الرجعي - وهو مجرد مجاز قانوني - إلى هذا الحد ، والتسليم بأن المالك فعلاً وقت العثور على الكتز كان هو المشتري لا البائع ، فيكون له الكتز (أنظر في هذا المعنى Jacques من ١٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ Trésor فقرة ٣٢ : يكون للمشتري في هذه الحالة ، طبقاً لأحكام القانون الفرنسي ، نصف الكتز باعتبار أنه هو المالك والنصف الآخر باعتبار أنه هو الذي عثر على الكتز) .

(٢) فهو شئ مستقل عن العقار ، لا هو من ثماره ولا هو من منتجاته (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٣ - بلانيول وريير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦٤ - أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ Trésor فقرة ٢٣) . وينبئ على ذلك أنه إذا كان العقار الذي عثر فيه على الكتز مرهوناً ، لم يمتد الرهن إلى الكتز لأنه لا يعتبر من ملحقات العقار المرهون (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦٤ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٧٦ • فقرة ٢٠٥ ويعتبر الكتز من ملحقات العقار - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٧ وقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ و ص ٢٩ ويعتبر الكتز من توابع العقار وملحقاته - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٥ ص ٤١٨ ويعتبر الكتز تابعاً للعقار - حسن كيرة ص ٨٣) - وإذا باع شخص بناء على أن يهدم المشتري هذا البناء ويأخذه أنقاضاً وتبقى الأرض للبائع ، ثم وجد كتز في البناء ، فالكتز للبائع صاحب الأرض لا للمشتري صاحب البناء (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٨ - لوران ٨ فقرة ٤٤٨ - كولان وكايتان ودي لا موراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٤ - عكس ذلك بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٦١) .

لحق الانتفاع ، أو للمحكر في حالة صاحب حق المحكر ، أو للمالك في حالة المستأجر . ونص التفتين المدني صريح في هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٨٧٢ / ١ مدني سالفة الذكر : « الكتر ... يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكتر أو لمالك رقبته » . ويسرى هذا الحكم ، ويكون الكتر كله للمالك الرقبة أو للمحكر أو للمالك ، حتى لو كان من عشر على الكتر ، فمصادقة أو بعد بحث ، هو صاحب حق الانتفاع أو المحكر أو المستأجر (١) ، فقد قدمنا أن العثور على الكتر لا ينحول من عشر عليه ، في القانون المصري ، أى حق في الكتر .

وإذا كان العقار الذي عشر فيه على الكتر عيناً موقوفة (٢) لا مالك لها ، فالكتر يكون لمن كان مالكا للعقار عند وقفه ، وهذا المالك لا بد أن يكون هو الواقف ، وهو لا يمكن أن يكون قد وقف الكتر ، فبقى على ملكه . ومن ثم يكون الكتر كله للواقف إذا كان لا يزال حياً ، أو لورثته إذا كان قد مات (٣) .

وإذا كان العقار ملكاً للدولة ، سواء كانت ملكيتها للعقار ملكية عامة أو ملكية خاصة بما في ذلك ملكية الأراضي غير المزروعة والأراضي الصحراوية ، فالكتر يكون هنا أيضاً للمالك ، ومن ثم يكون الكتر كله للدولة (٤) .

(١) أو كان حائزاً للعقار حتى لو كان حسن النية (بودرى وقال في المواريث ١ فقرة ٥٧ ص ٤٥) .

(٢) والوقف هنا يكون وفقاً خيراً بعد أن ألغى الوقف الأمل .

(٣) استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٥ ص ٥٢ - مصر استئناف ٥ مارس سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٨ ص ١١٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٠٦ - وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٢ مدني يحمل الكتر الذي عشر عليه في أرض لملك لها ملكاً لمن عشر على الكتر ، فنذف هذا الحكم في لجنة المراجعة (أنظر آنفاً ص ٢٨ هامش ٣ - وانظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ هامش ١) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجبال والمغاور لا تعتبر ملكاً للدولة ، فن عشر على كتر في مغارة أو كهف في الجبل أو في الصحراء البعيدة عن العمران ، فإنه يملكه بالاستيلاء ، ولا يكون الكتر ملكاً للدولة (محمد على عرفة ٣ فقرة ١٨ ص ٢٨) . ويلاحظ ، إلى جانب أن الكتر لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء ، أن الجبال والمغاور والكهوف والصحراء البعيدة عن العمران شأنها جسيماً شأن الأراضي غير المزروعة وسائر الأراضي الصحراوية ، مملوكة كلها للدولة ، فالكتر الذي عشر عليه فيها يكون ملكاً للدولة .

وإذا عثر على الكتر في منقول ، كان الكتر لمالك هذا المنقول ، سواء كان مالكا للعقار الذي يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له (١) .

وقد فرضنا في كل ما تقدم أنه لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكتر ، ولذلك أعطى الكتر لمالك العقار الذي وجد فيه . فإذا وقع أن ظهر مالك الكتر بعد ذلك ، واستطاع أن يثبت ملكيته له (٢) ، فإنه يستطيع أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الاستحقاق ، طبقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . ولا يسقط حق مالك الكتر بالتقدم المسقط ، فإن دعوى الاستحقاق ولو في المنقول لا تسقط بالتقدم . وهناك رأى يذهب إلى أن مالك العقار الذي ويوجد فيه الكتر يكون قد حاز الكتر وهو منقول بحسن نية معتقدا أنه قد أصبح مالكا له ، ومن ثم تسري القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولكن الكتر يعتبر في حكم المفقود فيكون لمالكه حق استرداده في خلال ثلاث سنوات من وقت فقده أى من وقت حيازة مالك العقار للكتر (٣) ولكن الرأى الراجح هو أن مالك العقار الذي حاز الكتر لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن للكتر مالكا من حقه أن

(١) عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) ويجوز له الإثبات بجميع الطرق ، وتدخل في ذلك البيئة والقرائن (ديمولومب ١٣ فقرة ٣٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٣) . كما يجوز للورثة المتعاقبين لمالك الكتر أن يثبتوا أن الكتر كان ملكاً لمورثهم دفعه أو خبأه منذ زمن طويل ، وقد ألت إليهم ملكيته بطريق التوارث على التعاقب . ولكن لا يكتفى في فرنسا حيث لمن عثر على الكتر نصفه أن يثبتوا أن ملكية العقار الذي عثر فيه على الكتر قد ألت إليهم بطريق التوارث ، بل يجب أن يثبتوا ، ليستأثرو بكل الكتر ، أن الكتر نفسه كان مملوكاً لمورثهم وأنه هو أيضاً انعقار الذي عثر عليه فيه آل إليهم بطريق التوارث أو الوصية (باريس ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١-١٤٤- نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦ . Sonm. ٢٧ - وقارن السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٥٠ . وكل هذه الأحكام صدرت في قضية شهيرة عرفت بقضية كتر شارع Mouffetard : مازو ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ١٢٦٠ - مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٧ - كاربونيه ص ٢٧٦ - أنسيكلويدى دالوز • لفظ Trésor . فقرة ١١) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ .

يُسرده ، هذا إلى أنه ليس لديه سبب صحيح (فيما يتعلق بالقانون المصرى) .
ومن ثم يكون لمالك الكتز أن يسرده من مالك العقار فى أى وقت ،
لا فى خلال ثلاث سنوات فقط ، هذا ما لم يملك مالك العقار الكتز
بالتقادم الطويل^(١) . أما إذا باع مالك العقار الكتز لمشتري حسن النية
فإن المشتري يملكه بالحيازة ، ولا يستطيع مالك الكتز أن يسرده حتى
فى خلال ثلاث سنوات لأن الكتز لا يعتبر مفقودا ولا مسروقا^(٢) .

١٢ - اللفظ: (الأشياء الضائعة) : رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى
تنص على أن « الحق فى . اللقطة .. تنظمه لوائح خاصة »^(٣) . واللقطة
هى الأشياء الضائعة يفقده صاحبه ولا يعثر عليه ، فيعثر عليه شخص آخر
ويلتقطه . وقد قدمنا^(٤) أنه يجب التمييز بين اللقطة والأشياء المروكة ،
فاللقطة ضاعت من صاحبها فقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها
فبقى مالكا لها ولا تكون محلا للاستيلاء ، أما الأشياء المروكة فقد تخل
صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معا فأصبحت غير مملوكة لأحد .
والقرائن تميز بين اللقطة والأشياء المروكة . فإذا وجد شخص فى قطار
بقايا طعام وزجاجات فارغة ، كان من حقه أن يفترض أن هذه أشياء
مروكة تخلى عنها أصحابها ، بعد أن أصابوا من الطعام كفايتهم وبعد
أن شربوا ما كانت الزجاجات الفارغة تحتويه ، فتسرى أحكام الأشياء
المروكة ويجوز تملكها بالاستيلاء . أما إذا وجد فى القطار حقيبة تدل
الظواهر على أنها لمسافر نسيها ، فإن القرائن تدل فى هذه الحالة على أن
الحقيبة ليست شيئا متروكا ولم يتخل صاحبها عن ملكيتها ، ومن ثم تسرى

(١) بودرى وقال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ - محمد
على عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٦ - ص ٢٧ - وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٤
هامش ٣٩ .

(٢) بودرى وقال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ ص ٣٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة
٨ ص ١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠ .

عليها أحكام الأشياء الضائعة ويكون الاستيلاء عليها بنية تملكها في حكم السرقة (١) .

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكتر ، فهما يتفقان في أن كلا منهما لم يتخل صاحبه عن ملكيته ، فلا يعتبر شيئا لا مالك له ولا يكون محلا للاستيلاء (٢) . ويتفقان كذلك في أن كلا منهما ، ولو أن له مالكا ، إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشيء غير معروف . ولكنهما يختلفان في أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس ، فهو إما ملقى على قارعة الطريق ، أو باد للعيان فوق رف أو على درج ، أو باق في مكانه الظاهر في قطار أو في سيارة للأجرة أو نحو ذلك . أما الكتر فقد قدمنا أنه منقول غير ظاهر للعيان ، فهو إما مدفون أو مخبئ . ويغلب أن يكون الكتر شيئا ثميناً ، ولذلك دفن أو خبئ . أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة ، ولكن يحتمل أيضا أن تكون ذات قيمة كبيرة كجواهرات أو مقدار كبير من النقود . ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقي للكتر أبداً ، إذ يكون قد دفن الكتر أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف ذوه مكانه . أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب ، إذ يكون غالباً قد فقدتها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها .

ولا يتحقق ضياع الشيء من مالكة إلا إذا خرج من حوزته تماماً ، ولم تعد له سيطرة عليه . فمحافظة النقود التي ينساها صاحبها في منزله لا تكون لقطة ، فإذا عثر عليها أحد الخدم وجب عليه إرجاعها لخدومه ولا حق له في العشر .

ويخلص مما تقدم أن اللقطة منقول له مالك (٣) ، ولذلك لا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء كما سبق القول . وإنما عولجت هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، لأن اللقطة وإن كان لها مالك إلا أن هذا المالك

(١) محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٦ ص ٢٣ .

(٢) ولكن اللقطة قد ضاعت من صاحبها فلم يعد يعرف أين توجد ، أما الكتر فإن صاحبه يعرف بدهاء المكان الذي دفعه فيه أو خبأه .

(٣) قارن بلائيول وريير وبولانجي ١ فقرة ٢٢٤٤ وفقرة ٢٢٥١ .

غير معروف ، فهي تقرب من المقتول الذي ليس له مالك . وهذا هو نفس التبرير الذي قدمناه في معالجة مسألة الكنز بين مسائل الاستيلاء (١) .

ولما كانت اللقطة لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالكا ، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء . فمن عثر عليها وأحضرها بنية تملكها لا يملكها ، بل يعتبر في حكم السارق لأنه يعلم أنها لقطة لها مالك (٢)

وقد رأينا أن المادة ٨٧٣ مدني تقضي بأن الحق في اللقطة تنظمه لوائح خاصة . وقد صدرت فعلا لوائح كثيرة وأوامر إدارية تحدد المدة التي تحتفظ في خلالها الأشياء الضائعة ، وتنظم كيفية التصرف في هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة ، وحفظ ثمنها لحساب المالك ، ومتى توول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لتسلمها .

(١) انظر آتفا فقرة ١١ .

(٢) وفي فرنسا توجد قوانين قديمة تنظم ملكية الأشياء الضائعة في البحر (épaves maritimes) وفي الأنهار (épaves fluviales) وغير ذلك من الأشياء الضائعة (épaves terrestres) .

كما توجد قوانين ومراسيم تنظم حالات خاصة ، من ذلك الأشياء التي تودع أقلام كتاب المحاكم والبضائع التي تترك في الجمارك والمنقولات التي يعهد بها إلى أمناء النقل والمبالغ التي تدفع لمصلحة البريد والأمتعة التي تترك في الفنادق وغير ذلك . وتوجد أيضاً لوائح تنظم ملكية الأشياء الضائعة في معظم المدن الفرنسية . وتقضي هذه القوانين واللوائح بوجه عام ، في غير الأشياء الضائعة في البحر وفي الأنهار التي توول ملكيتها للدولة ، بأن من يثر على شيء ضائع يجب عليه التبليغ عنه وإيداعه ، وإلا عُد في حكم السارق (نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٤٤٢ - جارسون في التعليقات على التقنين الخناق جزء أول فقرة ٤١٧ وما بعدها ص ١١٥٨ - بلانيول وريير وبيكار ٢ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . فإذا لم يعرف صاحب الشيء الضائع في مدة معينة ، أعطى الشيء لمن عثر عليه . ولكن من عثر على الشيء الضائع لا يملكه بالاستيلاء ، لأن له مالكا وإن كان غير معروف ، فلا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء . وإنما يملكه بالتقادم الطويل إذا كان لم يبلغ وعنه لم يودعه ، بل حبه عنده واستمر حائزاً له . فهو إذا كان في هذه الحالة يعد في حكم السارق ، فإن هذا لا يمنع من تملكه الشيء الضائع إذا أن السارق يملك الشيء المرووق بالتقادم الطويل (بودزي وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريير وبيكار ٢ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . أما إذا كان من عثر على الشيء الضائع قد بلغ عنه وأودعه ثم رد إليه بعد انقضاء المدة المحددة ، فإنه يكون في حكم الحائز للمقتول بحسن نية ، ولما كان المقتول ضائعا فإن المالك يستطيع أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦١٥ وفقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) .

ونقف من هذه التشريعات عند الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، فهو أهمها وأكثرها شمولاً . ويقضى بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدين وأمام العمدة فى القرى ، وأن يسلمه . فإذا لم يطالب به مالكه ، بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه ، أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى ، بواسطة الإدارة . ويصح تقصير الميعاد الذى يتم فيه البيع ، إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن ، يملكه لا بحكم الاستيلاء فإن الشيء الضائع لا يكون محلاً للاستيلاء كما قدمنا ، بل بحكم القانون (١) . وتحفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه ، فإنه يؤول إلى الدولة . وإذا آل الثمن إلى الدولة بعد ثلاث سنوات ، فإنما يكون ذلك أيضاً بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء . ولا يصح أن يقال إن مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التى لا يستطيع بعد انقضائها مالك الشيء الضائع استرداده من الخاثر حسن النية ، فإن الإدارة تعلم أن الثمن ناتج من بيع شيء غير مملوك للدولة ، فلا يسرى هذا الحكم عليها .

أما إذا احتفظ من عثر على الشيء الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدين وثمانية أيام فى القرى ، فإن تشريع سنة ١٨٩٨ يقضى بحرمانه من حقه فى العشر ، وبعقوبته بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا الجزاء إنما هو جزاء على عدم التبليغ عن الشيء الضائع وعدم تسليمه فى الميعاد . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو جدد بعد ذلك ، فإنه يكون فى حكم السارق . وبهذا يقضى الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والسابق الإشارة

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى كرولان وكايتان ودى لا موراندير ١ بقرة ١١٢٦ .

إليه ، فإن المادة الأولى منه تقضى بأن من عثر على الشيء أو الحيوان الضائع ، إذا كان قد حبسه وكان الحبس مصحوباً بنية امتلاكه بطريق الغش ، تقام عليه الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة (١) . وهذا لا يمنع من أنه إذا عثر شخص على شيء ضائع واحتفظ به بنية تملكه ، وظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فإنه يتمتع بالتقادم الطويل (٢) . فإذا لم تتكامل مدة التقادم ، جاز للمالك الشيء الضائع أن يسترده من تحت يد من عثر عليه . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشيء (م ٩٧٧ مئتي) ، فذلك لا يجوز إلا إذا كان حائز المفقول حسن النية ولديه سبب صحيح . وهنا حسن النية منتف فإن من عثر على الشيء يعلم أنه غير مملوك له (٣) ، وكذلك واقعة العثور على الشيء الضائع لا تعتبر سبباً صحيحاً . ولكن إذا باعت جهة الإدارة الشيء الضائع بالمزاد العلني بعد سنة من تسليمه ،

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك معاصرة للعثور على الشيء ، وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتوافر بها أركان الجريمة (نقض جنائي ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٢٠٤ ص ٢٩٥) . وقضت أيضاً بأن جريمة اختلاس الشيء الضائع تتحقق ولو لم تكن المدة المحددة للتسليم أو التبليغ قد مضت ، متى وضعت نية التملك (نقض جنائي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ رقم ٩٥ ص ١١١) . وانظر دائرة النقض في محكمة الاستئناف ٢٦ يونيو سنة ١٩١٥ للحقوق ٣٢ ص ٩٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة عرضية ، كما إذا ترك التزيل بعض أمتته في الفندق فيكون صاحب الفندق مودعاً عنده ويكون ملتزماً بموجب عقد الوديعة برد الشيء المودع إلى صاحبه ، فإن هذه الحيازة لا تصلح أساساً للملك بالتقادم . ولكن يستطيع صاحب الفندق أن يتسلك بالتقادم المسقط ، إذا انقضت خمس عشرة سنة دون أن يطالب مالك الأمتة برد أمتته ، فإن التزام صاحب الفندق بالرد يكون قد سقط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقارن كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ ص ٨٨٥) . ولكن الذي يسقط هنا هي الدعوى الشخصية بالرد ، لا دعوى الاستحقاق فإن هذه الدعوى الأخيرة لا تسقط بالتقادم .

(٣) بودري وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٦١٦ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٣٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقرب أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ هاش ٤٩ .

فإن من رسا عليه المزاد يستطيع أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المدة كان للمالك أن يسترد الشيء الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزاد ، ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذي أودع لحسابه بعد استئصال العشر الذي دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع (١).

١٣ - الأشياء الأثرية : وتنص المادة ٨٧٣ مدني أيضا ، كما رأينا (٢) ، على أن « الحق في . . . الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » . وكان ينظم الآثار القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي . ثم ألغى هذان القانونان وحل محلهما القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ، وهو القانون الذي ينظم الآثار الآن في مصر . وبموجب هذا القانون الأخير يعتبر أثرا كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والأخلاق وغيرها في عصر ما قبل التاريخ وفي العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل ، ويعتبر كذلك كل عقار أو منقول يكتشف في مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال بمصر في عصر من العصور المشار إليها . كما أنه يعتبر أثرا كل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانته ، حتى لو كان يرجع إلى عهد بعد عصر إسماعيل ، بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التي ينص عليها قانون الآثار . ويعتبر في حكم الآثار الأراضي المملوكة للدولة التي اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات

(١) وكذلك إذا باع المتقول من عثر عليه لمشتري حسن النية ، فإن حق المالك في استرداد المتقول يسقط بثلاث سنوات ، وإذا استرده في خلال هذه المدة فقد يلتزم برد الثمن إذا وجد في حالة من الحالات التي توجب ذلك .

ولا يعتبر شيئا ضائما حيوان جامع ، فن يكبح جراح حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة ، ولا يأخذ عشر قيمة الحيوان ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر شيئا ضائما الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستولى عليها في فترة انغلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها بعد في حكم السارق (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٢٢) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٨ .

أو بمقتضى قرار يصدره وزير التربية والتعليم بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد ،
ومكنك الأراضي المملوكة للأفراد التي تترع الدولة ملكيتها لأهميتها
الأثرية (١) .

ويتبين من ذلك أن الآثار قد تكون عقارا أو منقولا ، فهي بذلك
تختلف . عن الكثر واللغة الذين لا يكونان إلا منقولا . وتختلف
عن اللقطة في أن الآثار تكون في أغلب الأحيان مدفونة أو مخبوءة في باطن
الأرض ، أما اللقطة فتكون كما قدمنا منقولا ظاهرا أمام الناس . وإذا
كانت الآثار تشترك مع الكثر في أن كلا منهما مدفون أو مخبوء ، إلا أن
الآثار ليست فحسب شيئا له قيمة كالكثر ، بل هي فوق ذلك شيء
من طبيعة خاصة ، فهي نتاج الحضارات المتعاقبة التي توالت على مصر
أو الحضارات الأجنبية التي كان لها اتصال بمصر وتقتضي المصلحة القومية
حفظه وصيانه . ويرى من ذلك أن الأصل في الآثار أن تكون أموالا
لا مالك لها ، فهي مخلفات العصور الحالية وقد تركها أصحابها إلى غير
مالك . ولكن لما كانت الآثار لها قيمة كبرى ، وأهمية بالغة من ناحية التاريخ
والحضارة والمصلحة القومية ، فإنها لذلك لا تترك سائبة يأخذها أول

(١) وتنص المادة ٢ من قانون الآثار على أنه يعتبر في حكم الآثار الأراضي المملوكة
للولة التي اُعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات ، أو بمقتضى قرار يصدره وزير
المعارف العمومية بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد الوطني .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قراراً من هذا القبيل
لا يمكن - في علاقة الحكومة بالجمهور - أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من
ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة . وإذن فلا يكفي لاعتبار الأرض أثرية غير يمكن
اكتسابها بوضع اليد بمضي المدة ، لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ، ولا وصفها
بأنها أثرية في قوائم المساحة والتحديد (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ مجموعة صمرا ١ رقم
٢٣١ ص ٦١١) . وقضت أيضاً بأن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢
الخاص بالآثار ليس مقصوراً على الأراضي التي تقرر الحكومة بعد صدوره أنها أثرية ، بل
يتناول أيضاً - كما هو صريح نصها - الأراضي التي سبق أن قررت الحكومة ، أي مجلس
الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار ، أن لها هذه الصفة . فالقرار الصادر من
وزير الأشغال ، قبل صدور قانون الآثار ، باعتبار أرض معينة أرضاً أثرية يكفي لينسحب
عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ، ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون
سابق (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٤٠) .

من يستولى عليها تطبيقاً لقواعد الاستيلاء ، فقد أخرجها القانون من هذا النطاق . وقرر من القواعد ما يكفل حفظها وصيانتها حتى تنتقل إلى الأجيال اللاحقة كما وصلت إلينا من الأجيال السابقة . وجعلها القانون في الأصل من الأملاك العامة للدولة ، إلا ما نص على أن يكون ماكما خاصاً^(١) . وعلى ذلك خرجت الآثار من أن تكون أموالاً لا مالك لها إلى أموال لها مالك ، وهذا المالك هو الدولة في الأصل تملك الآثار ملكية عامة لا ملكية خاصة ، ويجوز أن يتمتع الأفراد ببعض الآثار ملكية خاصة كما سيبنى . فالآثار إذن لا تكون محلاً للاستيلاء ، كما لا يكون محلاً للاستيلاء الكثر واللقطة فيما رأينا . وكل من يعثر مصادفة على أثر متقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها لا يجوز له الاستيلاء عليه ، ويجب أن يبلغ عنه فى الحال وأن يحافظ عليه حتى تسلمه الجهة المختصة ، وإلا اعتبر مستولياً على أثر بغير ترخيص ، ووفعت عليه العقوبة المنصوص فى المادة ٣٠ من قانون الآثار . أما إذا كان العثور على الأثر قد وقع فى أرض لم يتقرر أنها أثرية ، ولو كانت هذه الأرض مملوكة لمن عثر على الأثر ، فإن الأثر يبقى من الأملاك العامة ، ولمن يبلغ عنه أو يسلمه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختصة مكاناً تقدرها لجنة خاصة يكون قرارها نهائياً وغير قابل للطعن أمام أية جهة أخرى .

وتنص المادة ٧ من قانون الآثار على أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثاً عن الآثار ، ولو كانت الأرض مملوكة لهم ، إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية ، بعد أخذ رأى المصلحة ، وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعها عامة ، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلاً وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه له لعدا من المنافع العامة ، ومنها ما تملكه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه للمنافع العامة مما يعتبر من الآثار غير مملوكة للحكومة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٨ ص ١٠٦) .

والآثار التي تعتبر من الأموال العامة ، وهذا هو الأصل فيها كما قلنا ، ترد عليها ، نظرا لصفاتها هذه ، القيود الآتية : (١) لا يجوز هدمها أو نقلها أو تجديدها أو ترميمها أو تغييرها على أي وجه كان بغير ترخيص سابق من وزير المعارف العمومية بعد موافقة لجنة تسجيل الآثار ، ويكون إجراء الأعمال المرخص بها تحت إشراف المصلحة المختصة التي يكون لها أن تباشر في أي وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازما لصيانة الأثر . (٢) لا يجوز التصرف في الآثار (١) ، ولا الحجز عليها ، ولا ترتيب حقوق ارتفاع تعاقدية على العقار الذي به الأثر ، فلا يجوز فتح منافذ أو مطلات على مبان أو أسوار أو أرض أثرية ، بغير ترخيص من المصلحة المختصة ، وإلا كان لها حق الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإزالة ذلك على حساب المخالف ، كما لا يجوز المرور على هذه المباني أو الأسوار أو الأراضي . ويجوز أن ترتب حقوق ارتفاع قانونية (قيود قانونية) إذا كان لا ينشأ عنها ضرر للأثر ذاته . (ثلثا) لا يجوز كسب أي حق على الآثار بالتقادم . (رابعا) لا يجوز أن تتزعزع المنفعة العامة ملكية الأراضي أو العقارات التي بها الأثر أو المتاخمة له ، إلا بعد موافقة وزير المعارف العمومية ولجنة تسجيل الآثار (٢) .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار التي تعتبر مملوكة ملكية خاصة ، وهذه هي : (١) الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات .

(١) ولا يجوز تملكها بأي سبب من أسباب كسب الملكية . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثري لا يجوز التبايع فيه ، بل يبعه وشرائه باطلان ، والحكومة أن تقاضي من يوجد هذا التمثال في حيازته مهما كانت جنسية لتسرده منه بغير تعويض تلفه له أو ثمن ترده إليه . وليس له أن يحتاج بنص المادة ٨٧ مدني (قديم) ، لأن المقرر قانوناً أن أحكام تملك المتقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة (تقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥) .

(٢) ولا يجوز أخذ سباح أو أثرية أو غيرها من الأراضي أو الأماكن الأثرية ، إلا بترخيص من المصلحة المختصة وتحت إشرافها (م ١٢ من قانون الآثار) .

(٢) الآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة له طبقاً لأحكام القانون . (٣) الآثار التي تعطى للحكومة بطريق التبادل أو تتصرف فيها بالبيع أو التنازل طبقاً للمادة ٥ من قانون الآثار التي تجيز تبادل الآثار المتقولة المكررة أو بيعها أو التنازل عنها . وذلك بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على طلب وزير المعارف وبعد موافقة المصلحة المختصة . (٤) الآثار المستوردة من الخارج لحساب المستورد ، كالتحف واللوحات الفنية التي ابتدعها فنانون الغرب في العصور الخالية . (٥) آثار العصر المسيحي وماتلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ، ويكون قد تم تسجيلها وفقاً للأوضاع القانونية دون أن تنزع الدولة ملكيتها (١) . (٦) الآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغني عنه .

هذا وقد أورد قانون الآثار قيوداً متعددة على الملكية الخاصة للآثار تقررت للمصلحة العامة ، وقد سبق بيانها عند الكلام في قيود الملكية الواردة للمصلحة العامة (٢) .

١٤ - **التركة التي لا ورث لها** : إذا مات إنسان ولم يترك وارثاً ، ففي الشريعة الإسلامية توول تركته إلى بيت المال . وقد قدمنا ، عند الكلام في الأشياء الخاصة المملوكة للدولة (٢) . أن بيت المال تمثله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر العالي الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ بإنشاء لجنة حفظ الآثار القديمة العربية قد بين على سبيل الحصر أعمال هذه اللجنة فيما نص عليه في المادة الثانية منه ، والمفهوم من هذا النص أن هذه الأعمال مقصورة على الآثار العامة . وليس في هذا النص ولا في باقي مواد الأمر العالي المذكور ما يفيد أن أعمال تلك اللجنة تتناول الآثار غير المملوكة للحكومة . فإذا حصل أن قامت اللجنة بتسجيل أثر من الآثار غير المملوكة للحكومة ، فإن هذا التسجيل لا يمكن أن يترتب عليه أي - للحكومة قبل صاحب الأثر . أما القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي ، فالمفهوم من نصوده أنه يجب لتسجيل الأثر أن يصدر قرار بذلك من وزير المعارف ، وأن يعلن هذا القرار لصاحب العقار لكي يترتب عليه حق الارتفاق ، ويكون الإعلان مبدأ لمدة السنة المقررة لسقوط حق المطالبة بالتعويض . وإذا كان قرار التسجيل لم يعلن لصاحب العقار ، فلا يبدأ سقوط الحق في المطالبة (تقضى مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٤٠٠ .

(٣) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٧٩ .

الآن خزانة الدولة ، فتكون التركات التي لا وارث لها ملكا خاصا للدولة . وتؤول التركة إلى الدولة ، لا باعتبارها تركة موروثه ، بل باعتبارها مالا لا مالك له (١) .

وكان مقتضى أن التركة التي لا وارث لها تعتبر مالا غير مملوك لأحد ، أن أموال هذه التركة يجوز تملكها بالاستيلاء ، شأنها في ذلك

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن وزارة المالية ، وإن كالت تمثل بيت المال ، لا تعتبر شرعاً وارثة . لأنه وإن نص شرعاً على أن بيت المال يأتي في الدرجة الأخيرة (العاشرة) من المستحقين للتركة ، فإن معنى ذلك أن بيت المال يكون أميناً بوضع المال تحت يده ليصرف في مصارفه الشرعية . فإن لم يوجد أحد من الورثة ، تودع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين . وعلى كل حال فإن بيت المال لا يجوز هذه التركة بطريق الإرث (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢١ ص ٢٢٢) . وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال الذي حلت محله وزارة المالية ، وإن عد في المادة ٥٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقاً لتركات التي لا مستحق لها ، إلا أنه ليس معتبراً في نظر علماء الشريعة الإسلامية وارثاً . ولما كان إنكار الوراثة الذي يستدعي استصدار حكم شرعي يجب أن يصدر من وراث ضد آخر يدعى الوراثة (المواد ٣٥٥ - ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩٣١) ، وبقي ثبت أن بيت المال غير معتبر شرعاً وارثاً ، فإنه لا يصلح خصاً في دعوى الوراثة ، ولا يجوز لوزارة المالية بالتالي إنكار الوراثة على أحد من يدعيها إنكاراً يستدعي استصدار حكم شرعي ، لأنها أئنة فقط على مال من لا وارث له . ويمكن لمن يدعي استحقاقه مال تحت يدها إثبات وراثته لتتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعي (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكنة - القوي لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٥) . وانظر آتفاً في هذا المعنى نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٢ - وإنظر استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨٠ (لا تعتبر التركة شاغرة يستحقها بيت المال إذا كان المورث قد أوصى لأشخاص مقيمين في الخارج) .

وانظر في النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له الوسيط ٨ فقرة ٧٩ - ومن بين النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً أنها تستحق التركة التي لا وارث لها الموجودة في مصر ، حتى لو كان صاحب التركة أجنبياً غير مسلم (مستخلص من حكم استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦) . ذلك لأن مال أهل الممة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو للدولة ، ولو كانت الدولة وارثاً لما ودرشت من غير المسلم (الوسيط ٨ فقرة ٧٩ ص ١٥٨) .

شأن الأموال التي تصبح دون مالك بعد أن كان لها مالك من قبل . ولكن
المشرع أخرج التركات التي لا وارث لها من نطاق الاستيلاء ، لأهميتها
وتطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وجعل ملكية هذه التركات للدولة .
فتملك الدولة ، بمجرد وفاة المالك دون وارث ، تركته ، وذلك قبل
أن تضع بعدها على التركة ، لأنها تتملكها بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .
وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢
بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على ما يأتي :
« توّول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية
المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسياتهم ،
وذلك من تاريخ وفاتهم » (١) . وإذا ظهر وارث بعد ذلك ، أو أى
شخص آخر له حق في التركة كدائن للمتوفى ، فإن له أن يرجع بحقه .
ولكن هذه الحقوق كلها تسقط بالتقادم . إذا انقضت خمس عشرة سنة
من تاريخ الوفاة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون
سالف الذكر على أن « ينقضى كل حق يتعلق بالتركة . ولو كان سببه
الميراث ، بمضي خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث . أيا كان
تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من
أسباب وقف التقادم أو انتطاعه » .

(١) ولا يوجه تشريع في شأن الأشخاص المعنوية التي تنحل دون أن يكون هناك من
يرثها ويخلفها على أموالها . والواضح أن الشخص المعنوي إذا كان شركة تجارية أو مدنية ،
فأصحاب الأسهم أو الحصص فيها هم الذين توّول إليهم أموال الشخص المعنوي . وإذا كان
جمعية أو مؤسسة ، ولم يوجد في نظامها ما يبين لمن توّول أموالها ، حولت هذه الأموال .
وفقاً للمادة ٢/٦٨ مدني المحذوفة ، إلى الجمعية أو المؤسسة التي يكون غرضها هو الأقرب
إلى غرض هذا الشخص المعنوي . أما في فرنسا فهناك نص عام يقضي بأن الأموال التي لامالك
لها تكون ملكاً للدولة (م ٧١٣ مدني فرنسي) ، ومن ثم يمكن القول بأن أموال الشخص المعنوي ،
إذا لم يكن قد عين له خلف . تكون ملكاً للدولة (كولان وكابيتان ردي لامورانديير ١ فقرة
١١٣٠ ص ٩٢١) .

ونصبي جميع عناصر التركة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة^(١) لحساب التركة ، حتى تتقرر حقوق ذوى الشأن فيها أو تنتهى مدة سقوط هذه الحقوق بالتقادم وهى خمس عشرة سنة كما تقدم . وفى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد. نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما يخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى^(٢) .

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

١٥ - نص قانونى : كانت المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى :

« ١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة . »

« ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح . »

« ٣ - إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير

(١) فوزارة الخزانة وحدها (أى الخزانة العامة) هى المختصة بذلك ، باعتبار أنها هى بيت المال . وقد قضت محكمة النقض بأن البطيريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطيريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة ، الذى لا يرثها بحال ، ليس له لذى الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقاً فى حدود سلطتها باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام ، وإذن فهى مشولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ مجموعة المكاتب القنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٩ فى الهامش .

ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك (١) .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، فنص في المادة ٨٦ منه على أن « تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى ... » . وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة ، ولا يبنى من النص قائماً إلا الفقرتان الأوليان .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٨٠ / ٥٧ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى المادة ٨٧٤ من التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة من ثلاث فقرات ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها والتى يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، فقيل إن « هذه الأراضى يجوز تملكها بمجرد زراعتها أو البناء عليها ، بخلاف الأملاك الخاصة للدولة التى لا يمكن تملكها إلا بسبب من أسباب التملك فى القانون المدنى وهى محصورة فى سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وبخلاف أملاك الدولة العامة فهى غير قابلة للتملك بالتقادم أو التصرف فيها . فالأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها هى الأراضى الموات » . وقد وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٧٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٨٠ / ٥٧ : أما الأراضى غير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بأذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة إيمادية تطبيقاً للوائح - إنما كل من زرع أرضاً من الأراضى المذكورة ، أوبنى عليها ، أوغرس فيها غراساً . يصير مالكا لتلك الأرض ملكاً تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة الثانية لأول وضع يده عليها .

(وتتفق أحكام التقنين المدنى السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، فيما يتعلق بالفقرتين الأولى والثانية من نص التقنين المدنى الجديد . أما فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من هذا النص ، وهى التى حذفت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجود الخلاف ما بين ما يقابلها من نص التقنين المدنى السابق فيما يأتى : (أ) أوجب المشروع أن يكون المستولى مصرى ، حتى لا يملك أجنبى أرضاً مصرية بهذا الطريق السبل . (ب) بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ - ٢٣٦ (١) .

ما تمك في الحال ، وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً في الاستيلاء . وهاتان المسألتان مثار للخلاف في التقنين الحال (السابق) وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف ، فأراد المشرع أن يقضى على كل خلاف في هذا الصدد باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة . (ج) ذكر المشرع أن الخمس السنين التي يفقد المستول الملكية بعدم استعمال الأرض في أثناءها ، يجب أن تكون سنين متوالياً . فأصبح المستول أقل تعرضاً لفقد ملكيته في المشرع منه في التقنين الحال (السابق) الذي لا يشترط التوالى . ويكون في المشرع أن يستعمل المستول الأرض ستة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ لملكته ، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات الباقية لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ ، : مجموعة الأعمال التحضيرية (ص ١٩٧ - ص ١٩٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٢ (مطابقة لفقرتين الأولين من المادة ٨٧٤ مصرى . وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مصرى الملغاة أنظر ما يقابلها في المواد ٨٣٣ - ٨٣٥ سوري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ (مطابقة لفقرتين الأولين من المادة ٨٧٤ مصرى) .
التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ : ١ - إذا ردم عراقى جزءاً من البحر بأذن الحكومة ، ملك الجزء المردوم . لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات ، بطل الإذن . ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه . ٢ - وإذا كان الردم بغير إذن الحكومة ، صار الجزء المردوم ملكاً خاصاً للدولة ، ويباع للردم ببدل المثل . فإن لم يقبل ، بيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الردم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم ، فإنه لا يطالب إلا ببدل مثل الأرض دون الأبنية ، وإذا بيع القمار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض وأعطت الباقي للردم .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ : إن الإشغال يخول المشغل الأول ، بموجب رخصة قانونية من الدولة ، الحق في أن يكون مفضلاً على سواء لاكتساب حق التصرف بالمعارات الحالية .

م ٢٣٥ : إن صاحب حق الأفضلية الذي يثبت ، بعد انقضاء ثلاث سنوات ، أنه فلاح الأرض ، أو شيد فيها أبنية ، أو غرس فيها أغراساً ، أو قام باصلاحها ، وذلك ضمن الشروط المبينة في الأنظمة الخاصة المتعلقة بأموال الدولة ، يكتسب مجاناً حق تسجيل التصرف في القسم الذي فلاحه أو غرسه أو بنى فيه أو أصلحه . بيد أنه يخسر حق التصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفي أثناء المشر السنين التالية ، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية .

م ٢٣٦ : لا يخول الإشغال اكتساب أى حق كان على عقار سجل في السجل العقاري أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة ، ولا على الغابات والمعارات المتروكة المرققة أو المحمية . (والفروق بين القانون اللبناني والتقنين المصرى واضحة) .

وبعد أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني سالفة الذكر ، أصبح الاستيلاء على العقار غير جائز . وقد رسم قانون سنة ١٩٦٤ ، ومن قبله القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، طريقة تملك الأراضي الصحراوية .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة . (٢) عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٣) كيفية تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٤) تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدني . (٥) حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

١٦ - تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في صدد تحديد هذه الأراضي ما يأتي : « يشمل المال المباح الأراضي غير المزروعة التي ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا ، وذلك كالصحاري والجبال والأراضي المتروكة . وتعتبر هذه الأراضي ملكا للدولة ، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها ، (١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم تنظيمًا شاملا العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، ويحدد أقسامها المختلفة ، فيعرض لتحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . وقد سبق أن عرضنا لأهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - وانظر في أن أراضي مربوط كانت تعتبر من الأراضي المباحة التي كان يمكن تملكها بتعيرها نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٨ - وفي أن الأراضي التي كانت مملوكة أصلاً لشركة أراضي المدن والضواحي وتداولتها الأيدي لا تعتبر من الأراضي المباحة نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٩ .

أحكام هذا القانون في صدد الكلام في الدوين الخاص للدولة^(١) ، ونعرد هنا لأحكام هذا القانون التي تتصل بالمادة ٨٧٤ مدني محل البحث .

فقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساماً ثلاثة : الأراضي الزراعية ، والأراضي البور ، والأراضي الصحراوية ويجب استبعاد الأراضي الزراعية والأراضي البور ، عند تحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . أما استبعاد الأراضي الزراعية فواضح ، فهي أراض مزروعة بالفعل ونحن في صدد تحديد أراض غير مزروعة . وكذلك تستبعد الأراضي البور وإن كانت تشترك في كثير من الأحكام مع الأراضي الصحراوية ، لأن المادة ٢ (حرف ب) من قانون سنة ١٩٦٤ تعرفها بأنها « الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين » . فهي إذن في معظمها أراض واقعة داخل الزمام ، ويبدو أن المادة ٨٧٤ مدني لا تعرض للأراضي الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق عليها أنها « أراض لا مالك لها » قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤^(٢) . فبقى إذن الأراضي الصحراوية . وتعرفها المادة ٢ (حرف ح) من قانون سنة ١٩٦٤ بأنها « الأراضي الواقعة في المناطق المتعبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين » . ويبدو أنه ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ ، تكون العبرة في تحديد الأراضي المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني بما إذا كانت الأراضي واقعة داخل الزمام أو خارجه^(٣) . فالأراضي الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٨٩ - فقرة ٩٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من الإطلاع على الأمر العالي الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضي الداخلة في زمام البلاد من نطاق الأراضي غير المزروعة التي يجوز تملكها بالاستيلاء . وحكم هذا النص لاشك أنه يجري سواء كانت وسيلة التملك هي الترخيص أو التعمير ، وبذلك لا ينصب التملك بالاستيلاء على الأراضي الداخلة في الزمام أياً كانت وسيلة التملك (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١) .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : أنظر نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١ السابق الإشارة إليه .

المشار إليها هي الأراضي التي تدخل في نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدني ، ويشمل ذلك الصحارى والجبال (١) .

وتنص المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، بعد أخذ رأي وزير الأشغال . المناطق التي يجوز أن تباع فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالري من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه » . فالمناطق التي تباع فيها الأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى في تحديدتها إمكان انتفاعها بالري من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، والأراضي الداخلة في هذه المناطق هي مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤ .

١٧- حرّم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ويؤخذ مما تقدم أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لم يعد يجوز تملك العقار عن طريق الاستيلاء ، إذ الاستيلاء يفترض أرضاً لا مالك لها ، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضي الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة . وسنرى أن هذا القانون يجعل تملك هذه الأراضي يأتي عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها .

(١) قارن محمد علي حرق ٢ فقرة ٢٠ - وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢١ (ويذهب إلى أن المقصود بالأراضي غير المزروعة هي الأراضي الصحراوية والأراضي الرملية التي تحف ساحل البحر والجبال والأراضي البور غير المزروعة) - إسماعيل غانم ص ٥٠ (ويقول إن الرأي الراجح يذهب إلى أن الأراضي غير المزروعة تشمل كافة الأراضي غير المزروعة التي تدخل في التوطين الخاص للدولة ، بما في ذلك الصحارى والجبال) - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٧ (ويذهب إلى أن الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٨٧٤ مدني يراد بها كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ، ولا تدخل في الأموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة ، فهي الأراضي الموات ، كالأراضي المتروكة والصحارى والجبال ، أي أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى . ولا يدخل في هذه الأراضي غير المزروعة طرح النهر ، لأن هذا يعتبر من أموال الدولة الخاصة ويخضع لأحكام معينة) . وانظر مادار من نقاش في لجنة مجلس الشيوخ في شأن الأراضي غير المزروعة التي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، وأنها غير أملاك الدولة الخاصة المحصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وأنها هي الأراضي الموات : آنفاً ص ٥٠ هامش ١ .

فلم يعد جائزاً . بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني على مامر : أن يعمد مصري بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضي ، ويزرعها أو يفرس فيها أو يبنى عليها ، فيتملكها في الحال إذا هو لم ينقطع عن تعميرها على وجه معين^(١) . وإذا قيل إن الأراضي التي لا يجوز الاستيلاء عليها هي الأراضي الداخلة في المناطق التي يتحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه^(٢) : وإن الأراضي غير الداخلة في هذه المناطق تبقى محلاً للاستيلاء ، أجب بأن الاستيلاء هنا لا قيمة له من الناحية العملية إذ المفروض أن هذه الأراضي لا يمكن انتفاعها بالرى فهي إذن لا تصلح للزراعة . وحتى لو قيل إنها تصلح للتعمير عن طريق البناء ، فيبقى أنه بعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني لم يعد ممكناً تملك هذه الأراضي عن طريق التعمير

(١) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ ص ٢٧٤ هاش ٢ - كذلك لا يجوز تملكها بالتقادم لأنها ملك خاص للدولة ، وملك الدولة الخاص أصبح لا يجوز تملكه بالتقادم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وقبل ذلك كان يمكن تملك الأراضي الصحراوية بالتقادم المكسب وفقاً للقواعد العامة (استئناف وطني ١٢ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٠ ص ٤٠ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨) ، وفي هذه الحالة لا حاجة إلى إذن مجلس الوزراء الذي تستلزمه أحكام الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ (استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٧ ص ٩٢ - وانظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٠٨) - وقد قضت محكمة النقض بأن الأراضي المزروعة التي لا ملك لها (م ٥٧ من القانون المدني القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالي) كانت كغيرها من أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد التقادم المكسب ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدني القائم وأضاف حكماً جديداً يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المطوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم (نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١) . وقارن في هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٦ هاش ٢ (ويذهب إلى جواز تملك هذه الأراضي بالتقادم في الحدود التي استحدثها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضي الصحراوية . ومهما يكن من أمر ، لقان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يدع مجالاً للشك في أن هذه الأراضي قد أصبحت ملكاً خاصاً للدولة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموالها الخاصة ، فتسرى عليها جميع الأحكام المتعلقة بهذه الأموال ، ومنها عدم جواز تملكها بالتقادم) .

(٢) م ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ سالف الذكر : أنظر آنفاً ص ٥٤ .

وحده . ونرى من ذلك أن الاستيلاء بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لا يرد على انعقار . وإنما يرد على المنقول وحده .

أما قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ . والأدق قبل صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية : فانه كان يمكن القول : قبل حذف الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني . إن الأراضي الصحراوية كانت تعتبر من وجه أرضا لا مالك لها . فالفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ مدني تصرح بأنها أراض غير مزروعة « لا مالك لها » ، وإذا كانت نفس الفقرة تصرح في الوقت ذاته بأنها « ملك للدولة » : فإن هذه الملكية كانت من الضعف بحيث إنها كانت لا تحول دون الاستيلاء على الأرض دون ترخيص وتملكها في الحال إذا أخذ هذا الاستيلاء صورة التعمير . فلم تكن هذه الأراضي إذن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة ، بل كانت أرضا مباحة يملكها من يستولى عليها عن طريق التعمير . وقبل أن يستولى عليها أحد : كانت ملكيتها تسند إلى الدولة ، وهي ملكية أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية (١) . ولذلك كان الاستيلاء يرد عليها : لا فحسب عن طريق التعمير ، بل أيضا عن طريق الترخيص . ومن هنا جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وللاستيلاء على المال المباح طريقان : طريق الترخيص الذي يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير (٢) » .

(١) قرب عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ويلاحظ أنه عند صدور التقنين المدني الجديد كان تملك الأراضي الصحراوية خاضعا لنظام الترخيص طبقا للأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٥ ، الذي مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ولما صدر التقنين المدني الجديد ، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التقنين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضروري فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضي الصحراوية لتحويلها دون حاجة إلى ترخيص من الدولة كما يقضى صريح نص المادة ٣/٨٧٤ مدني ، أو أن الترخيص بقى ضروريا طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد . وبقي الخلاف -

أما الآن ، بعد أن صدرت القوانين التي تنظم تملك الأراضي الصحراوية وبخاصة قانون سنة ١٩٦٤ ، لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضي الصحراوية ملكية ضعيفة ، بل هي قد أصبحت كما سبق

سقائنا إلى أن صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بق ضروريا بالرغم من صدور التقنين الملقى الجديد . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فنظم هذه المسألة تنظيماً تشريعياً في المادة ٧٥ منه ، وسنعود إلى نص هذه المادة مع مذكرتها الإيضاحية (أنظر مايل فقرة ٢٠) .

هذا وقبل ذلك ، أي قبل صدور الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، كان قد صدر أمر عال في ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ يمنح العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية ، بزارعتها في الشتاء على مياه الأمطار ، مع تحريم التصرف عليهم في هذه الأراضي بالبيع أو الرهن أو التزول عن حق انتفاعهم لغيرهم إلا إذا كانوا قد امتلكوا هذه الأراضي بمقتضى حجج رسمية (أنظر استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص ١١١ - استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٧ ص ٩٩٣ - الاسكندرية الوطنية ١٥ يونيو سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٥ ص ٧٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص ١٠٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢ ص ٣٩ - ص ٤٠) .

ثم صدر بعد ذلك أمر عال في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضي الصحراوية موقوفاً على إتمام إجراءات معينة . وقد أخرج هذا الأمر العالي من نطاق التملك بالطريقة التي رسمها أراضي الجزائر وشاطئ النيل وشواطئ الترع والأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد . وقسم الأراضي الصحراوية بعد ذلك إلى ثلاث درجات : (أ) الأراضي غير المزروعة التي لا يترتب على استغلالها صعوبات أو مصروفات جسيمة ، ولا يجوز أن يعطى للفرد الواحد من هذه الأرض أكثر من ١٥٠٠ فدان . (ب) الأراضي المألحة والأراضي المستنقعة التي يقتضى إعدادها للزراعة مصروفات كثيرة . (ج) الأراضي المعروقة بالبراري التي يترتب على استغلالها مصروفات باهظة ، فضلاً عن التكاليف التي يقتضيها إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك . فأراضي الدرجة الأولى تعفى من الأموال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وأراضي الدرجة الثانية تعفى مدة لا تتجاوز ست سنوات ، وأراضي الدرجة الثالثة تعفى مدة لا تتجاوز عشر سنوات . ويجرى تملك الأرض الطالب باستيفاء الإجراءات الآتية : (١) يقدم طلب مكتوب إلى رئاسة مجلس النظار ، مبيناً فيه اسم الحوض الكائن به الأرض المطلوبة والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتسميره . وتعطى الأولوية للأسبق من الطلبات ، فإن قدم طلبان في آن واحد أعطيت الأولوية للأقرب من جهة الأطنان ، فإن تساوى في القرب يفرع بينهما . أما الأطنان المتوطن فيها عربان ، فعطى لهم بالأولوية متى طلبوها . (٢) يمنى مطلوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديد مداها وتقديم تقرير بذلك المجلس النظار . (٣) يصدق =

القول ملكية حقيقية كملكيتها لسنائر أموالها الخاصة : فللدولة أن تؤجر هذه الأراضي وأن تبيعها وأن تتصرف فيها تصرفها في أى مال تملكه ملكية خاصة . وعلى ذلك أصبحت الأراضي الصحراوية لها مالك هو الدولة ، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء .

مجلس النظار على الطلب . (٤) تحرر حجة مشتملة على شروط التملك . (٥) تسلم الأرض الطالب بمعرفة مندوب المديرية - أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢ ص ٢٧ - ص ٢٩
والذى يستخلص مما تقدم أن الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنما ينظم تملك الأراضي الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم فى الاستيلاء عليها ، فتملكونها ، لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثمناً (وإنما يدفعون رسماً فى مقابل مسح الأرض وتحديداتها) ، ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة ، وذلك بقصد تمييز هذه الأراضي . ولذلك أعطيت الأراضي ، كما رأينا ، من الأموال الأميرية ، لمدة متناهية بحسب درجة الأرض ، حتى إذا تم تمييزها فى خلال هذه المدة فرضت عليها الأموال . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢ . ويتم تملك الأرض أى الاستيلاء عليها بتحرير الحجة وتسليم الأرض الطالب ، ولو كان التملك بطريق الشراء لكان يمكن تقابل الإيجاب والقبول ، أى تقديم الطلب وتصديق مجلس النظار عليه ، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض . أنظر فى أن الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظار الذى هو عمل داخل للحكومة يجوز الطول عنه وسحبه ، مادام هذا القرار لم يعقبه تحرير الحجة وتسليم الأرض : استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٤ : ٩ - مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٣ - الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص ٣٠٨ - الطارين ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٨٦ ص ٢٨٠ - وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ - ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانونى يجب شهره لكوله من التصرفات الناقلة للملكية ، وفقاً للمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر المقارى (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٨ - إسماعيل خان ص ٥٠ - عبد المنعم فرج الصمد فقرة ٢٤٧ ص ٣٥٩) .

وبنى الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ معمولاً به إلى أن صدر الأمر المسمى رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه فى صدر هذه الحاشية ، وقد مد العمل بهذا الأمر المسمى كما قمنا بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وصدر به ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المعمول به فى الوقت الحاضر .

١٨- كيفية ملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤

لسنة ١٩٥٨ تم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز تملك هذه الأراضي (الأراضي الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » .

وقد صدر فعلاً القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضي الصحراوية . وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون في صدد الكلام في القيود التي ترد على الحق في التملك (٢) ، ونعرض له هنا في إيجاز باعتبار أنه كان قانوناً ينظم حق الأفراد في تملك الأراضي الصحراوية . وقد بدأ في مادته الأولى بأن يحظر على أي شخص أن يملك بأي طريق كان ، عدا الميراث ، عقاراً كانتا باحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام ، وهذه هي بوجه عام الأراضي الصحراوية . ثم أتى بعد ذلك باستثنائين . أجاز في الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر ، فيجوز للأفراد أن يملكوا الأراضي الصحراوية الداخلة في هذه المناطق . ويبدو أنه كان يجوز للأفراد ، بالنسبة إلى هذه الأراضي التي استثنت من الحظر ، أن يملكوها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني التي لم تكن قد ألغيت بعد (٣) . والاستثناء الثاني خاص بالمناطق التي لم تستثن من الحظر ، فيجوز لوزير الحربية حتى في هذه المناطق الترخيص للأفراد في تملك الأراضي . وتقضي المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلاً كل تصرف يقع مخالفاً لهذه الأحكام . ولم يكن للقانون أثر رجعي . فبقى الملاك السابقون محتفظين بحقوقهم المكتسبة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤١٥ .

(٣) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥١ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصده فقرة

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق ، ويحل محله ، وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر . ويتقضى بأن تكون الأراضي الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة ، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء . وإنما يملكها الأفراد لاستصلاحها في المناطق التي يكون محققا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، بطريق الشراء ممارسة من الدولة . فقد نصت المادة ٢٣ من هذا القانون بأنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي أن يرخص في التصرف في مساحات من الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة ، يبيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها ، في حدود عشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية بالنسبة إلى كل مشر ، وذلك بالشروط الآتية : (١) أن يكون المشتري متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، بالغاً سن الرشد ، من ذوى السمعة الحسنة ، لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه اعتباره . (٢) أن يتعهد المشتري باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية ، وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة ، وتقدير الثمن ، وشروط أدائه ، ومدته . وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى » . وإذا لم يقم المشتري باستصلاح الأرض وزراعتها في خلال المدة المحددة ، اعتبر عقد البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي ، ويلزم المشتري الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتبارا من تاريخ تسليمها إليه ، ويستترل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشتري قبل الفسخ من ثمن وفوائد . كما يلزم المشتري الذى انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة ، دون أن يكون له الحق في المطالبة بأية تعويضات عنها . وفي خلال المدة التي يستصلح فيها المشتري الأرض ، لا يجوز له التصرف فيها لأحد .

فاذا ما أتم استصلاحها في خلال الميعاد المقرر ، جاز له أن يتصرف فيها . ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تكون حرقهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم الرئيسي ، وبشرط ألا يكون مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد منهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضي الزراعية والبور والأراضي الصحراوية المستصلحة . كذلك يجوز الترخيص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، بشرط أن تم استصلاح ما تشتره من الأراضي وزراعتها خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها ، وإلا انفسخ عقد البيع على النحو الذي بيناه فيما تقدم . ولا يجوز لهذه الأشخاص الاعتبارية التصرف في الأراضي التي تشترها إلا بعد أن تم استصلاحها وزراعتها ، ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع بالشروط المبينة فيما قدمناه .

وجوز للدولة أن تعهد إلى أشخاص اعتبارية عامة أو خاصة في استصلاح الأراضي الصحراوية وتعميرها وزراعتها ، وفقا لبرامج التنمية ومخططاتها . فاذا ما تم استصلاح هذه الأراضي ، وزعت على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية ، بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة فدان ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمتفع . ويجب توافر شروط معينة فيمن توزع عليهم الأراضي الصحراوية المستصلحة ، وتكون الأولوية في توزيع هذه الأراضي وفقا لترتيب معين . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقرير ثمن الأراضي المستصلحة ، وشروط أداء هذا الثمن ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع .

ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأي وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، أن يحدد بقرار منه المناطق التي يحظر فيها تملك الأراضي الصحراوية ، لأغراض عسكرية . ويجوز نزع ملكية الأراضي الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا ، إذا اقتضت ذلك دواعي المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومي الخارجي أو الداخلي . وتحدد اللائحة التنفيذية

الإجراءات التي تتبع في نزع ملكية الأراضي الصحراوية والاستيلاء المزمعة عليها ، ويتقاضى أصحاب هذه الأراضي تعويضا عينيا أو نقديا (١) .

وبعد أن بين قانون سنة ١٩٦٤ الأحكام التي تسرى في تملك الأراضي الصحراوية على النحو الذي قدمناه ، نص في المادة ١/٤٧ منه على أنه « لا يجوز لأى شخص طبيعي أو معنوي أن يجوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ، إلا وفقا لهذه الأحكام » . فأصبح لا يجوز لأحد أن يضع يده على الأراضي الصحراوية بطريق الاستيلاء والتعصير ، على النحو المبين في الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني ، ومن ثم نص قانون سنة ١٩٦٤ على إلغاء هذه الفقرة كما سبق القول .

١٩- تملك الأراضي الصحراوية طبقا لمعظم الفقرة الثالثة الممزوفة من

المادة ٧٨٤ مدني : وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني قد ألغيت بالمادة ٨٦ من قانون سنة ١٩٦٤ ، فإن إلغائها لم يكن بأثر رجعي ، وقد ظلت مطبقة من وقت العمل بالتقنين المدني الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) إلى وقت إلغائها . لذلك يحسن أن نورد في إيجاز ما تشتمل عليه من الأحكام .

وتنص هذه الفقرة ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال

(١) وتنص المادة ٥١ من قانون سنة ١٩٦٤ على أنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يرخص في تأجير بعض العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكامه ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تنفيذ تنمية الاقتصاد القوي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو إقامة منشآت ذات نفع عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية » .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال في خمس سنوات متتابة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك .

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة للتملك بطريق الاستيلاء : (١) أن تكون الأرض المعتبرة ملكا للدولة أرضا غير مزروعة . وقد سبق تحديد الأراضي غير المزروعة (١) ، فلا يجوز الاستيلاء على أرض مملوكة للدولة إذا كانت أرضا مزروعة داخل الزمام ، ولا على أى أرض مملوكة للدولة داخل الزمام حتى لو كانت أرضا بورا . فبقى إذن الأراضي الصحراوية خارج الزمام ، وهي التي يرد عليها الاستيلاء . (٢) أن يكون الشخص الذي يستولى على الأرض مصرى الجنسية ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كجمعية أو شركة أراض . وهذا الشرط مستحدث في التقنين المدني الجديد ، ولم يكن مطلوبا في التقنين المدني السابق فكان يجوز للأجنبي أن يستولى على الأراضي الصحراوية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أوجب المشروع أن يكون المستولى مصريا ، حتى لا يملك أجنبي أرضا مصرية بهذا الطريق السهل » (٢) . (٣) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وهذا هو الغرض الاساسى من إباحة الاستيلاء على الأراضي الصحراوية ، حتى يكون هناك حافز يستحث ذوى المقدرة على إحياء الأرض الموات ، ويشجعهم على ذلك بأن يجزيهم على ما بذلوا من جهد وأنفقوا من مصروفات يجعلهم يملكون الأرض التي يحيونها . والتعمير يكون ، كما يقول النص ، بأن يزرع المستولى الأرض أو يفرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء . وليس من الضروري أن يصل في هذه الأمور إلى نهايتها ، بل يكفي في زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى ، وفي البناء

(١) انظر آنفا فقرة ١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

عليها أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة فالتسوير وحده لا يكفي (١) .
ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميراً جدياً من شأنه أن يحيي الأرض ،
وأن يدل على نية صاحبه من أنه آخذ في أسباب استغلالها والمضي في هذا
السير (٢) . وعلى ذلك لا يكفي مجرد وضع اليد على الأرض ، وقبل
أن يعمر المستولى الأرض يجوز للدولة إخراجه منها حتى بالطرق الإدارية ،
لأنه قبل التعمير لا يكون قد تملكها فيصبح طرده منها (٣) . ولا يازم

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « والمطلوب من
يعمر الأرض أن يزرع أو يبني وفقاً لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض ، فيمكن أن
يجعل الأرض مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة » (مجموعة الأعمال التحضيرية
ص ١٩٧) . وقد وقع في المذكرة الإيضاحية خطأ مادي ، فعمل لفظ « أو » محل « و » العطف ،
وتكون العبارة الصحيحة هي : « فيمكن . . . أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة » . وقد
جرى القضاء على أن التسوير وحده لا يكفي ، وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا
كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشأ للملك لا ناقلاً له ، فإن مجرد دخوله في ملكة
من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستولى متويماً بالامتلاك ، ما لم يكن قد أجرى فيه
من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه . فتسوير هذا النوع من المال أو مجرد
المرور به لا يكفي وحده في ثبوت جيازته أو وضع اليد عليه (نقض مدني ١١ يونية سنة
١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤) . وانظر محمد علي هرقة ٢ فقرة ٢٣ ص ٢٠ -
عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٧٩ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨
ص ٣٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ولا تكن زراعة متقطعة
تعتمد على الأمطار ، فالزراعة الجدية لا تقوم إلا بوسيلة من وسائل الري كشق ترعة أو حفر
بر ارتوازي (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦) .
وعليه إثبات التعمير يقع على من يدعى التملك ، ولو كان هو المدعى عليه في دعوى المنازعة
في الملكية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٩ ص ١١٣) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٥ - محمد علي هرقة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤٠ -
ص ٤١ - وبطلب من الحكومة أن تثبت أن الأرض هي من الأراضي غير المزروعة التي
لا مالك لها فتكون على هذا النحو مملوكة للدولة (الاسكندرية المختلطة ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣
ص ٤٤٠) . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكومة مثلها مثل أفراد إذا ادعت ملكية أرض
في يد المدعى عليه ، فعليها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضي
الملوكة شرعاً للميرى وفقاً لنص المادة ٥٧ مدني (قديم) ، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب
واضح اليد باقامة الدليل على ملكيته (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام
النقض ٢ رقم ٧٠ ص ٣٧٣) .

إلى جانب هذه الشروط الثلاثة أى شرط آخر . فلا يشترط أن يحصل المستولى على ترخيص من الدولة في الاستيلاء ، وقد كان هناك تردد في عهد التقنين المدني السابق في هذا الأمر . فكان هناك رأى يذهب إلى عدم لزوم هذا الشرط^(١) ، ولكن الرأى الغالب كان يذهب إلى وجوب الحصول على ترخيص^(٢) . فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف بالنص صراحة على عدم لزوم الترخيص ، إذ يقول كما رأينا : « . . . تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة » . كذلك لا يشترط ، لتمكن الأراضي الصحراوية بالاستيلاء ، أن تفرض عليها ضريبة عقارية بعد الزراعة أو البناء ، أو أن تقيد في المكلفة باسم المستصلح ، فقبل فرض الضريبة والتقيد في المكلفة يكون المستصلح قد تملك الأرض بتعميرها^(٣) .

ونرى من ذلك أن تملك المستصلح للأرض رهن بتوافر الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها ، ويتم التملك من وقت التعمير . ويقول النص في هذا المعنى : « . . . تملك في الحال . . . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . وتكييف ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك في الحال الأرض

(١) أسوان ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٤ ص ١٥٢ - طنطا الكلية ٨ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٦ ص ٨٠ - أسيوط الكلية ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٧ ص ١٧٠ - العايط ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٧ ص ٢٢٧ - الاسكندرية الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف وطني ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٣ ص ٢٢ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٤١ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٤ ص ٩٥ - استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٥ ص ٦٠٧ - استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤ - الاسكندرية المختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠ .

الى استصلاحها ، ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن التعمير في خلال الخمس عشرة سنة التالية لتمام الخمس سنوات متوالية (١) .

فهو أولا يملك في الحال الأرض المستصلحة ، أى يملكها بمجرد استصلاحها (٢) . ولا يتوقف ذلك على قيد في الملكية كما قلنا ، ولا يتوقف على تسجيل إذ التسجيل لا يكون إلا في التصرفات ، والتملك هنا قد تحقق لا بنصرف قانون بل بواقعة مادية هي واقعة التعمير . وما دام المستصلح قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير ، فهو ككل مالك يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات ، ولا ينتظر انقضاء الخمس عشرة سنة لأنه أصبح مالكا قبل أن يبدأ سريان هذه المدة كما قلنا ، بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تملكه كما سيبنى . ويستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة ، وأن يعطيها لغيره مزارعة . ويجوز له أن يوصي بها ، وهي تورث عنه حتى قبل انقضاء الخمس عشرة سنة (٣) . وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة إلى خلف خاص كمشتر أو إلى خلف عام كوارث ، فإنها تنقل كما كانت وهي في ذمة المستصلح ، أى تنقل معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع الخلف عن تعميرها خمس سنوات متوالات في خلال الخمس عشرة سنة التي تسرى من وقت تعمير السلف للأرض ، وتحسب المدة التي انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التي انقضت من الخمس عشرة سنة والأرض في ملك السلف .

ثم إن ملكية المستصلح تكون معلقة على شرط فاسخ . فهي لا تصبح ملكية بآنة مستقرة إلا إذا لم ينقطع المستصلح أو خلفه عن تعمير الأرض

(١) استئناف مخطط ٤ يونه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م

١٢ ص ٥٢ .

(٢) ويملكها بالقدر المفيد في استعمالها ، فيلحق بالأرض المستصلحة بالبناء المصاحبة اللازمة لتج مطات تكون متفصلاً لبناء (محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١) .

(٣) محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤١ .

خمس سنوات متواليات في خلال الخمس عشرة سنة التالية لتملك الأرض (١) فتحسب مدة الخمس عشرة سنة إذن من وقت تعميم الأرض ، لا من وقت وضع اليد . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل هذه المدة تسرى من وقت وضع اليد ، فكانت المادة ٨٠/٥٧ من هذا التقنين تقول : « في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » . أما التقنين المدني الجديد فقد عدل بحق عن هذا الحكم ، وجعل المدة تسرى من وقت التعميم إذ يقول : « خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . ذلك أن الانقطاع عن التعميم يجب ألا يعتد به إلا من وقت التعميم ، ولو اعتد به من وقت وضع اليد لجاز أن تمضي مدة غير قصيرة بين وضع اليد والتعميم ، وينبغي ألا يحسب هذا الوقت ضمن الخمس عشرة سنة وألا تسرى هذه المدة إلا من وقت التعميم كما هو صريح نص التقنين المدني الجديد . وفي خلال هذه المدة يجب ألا ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض مدة خمس سنوات متواليات . وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط التوالى صراحة ، فكان يقول « مدة خمس سنوات » ، ومن ثم كان هناك خلاف ، فرأى ينحى إلى وجوب التوالى ، ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوبه . وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف باشتراطه التوالى صراحة ، إذ يقول « خمس سنوات متتابعة » (٢) . والفرق كبير بين التوالى وعدم التوالى ، إذ أن عدم التوالى كان يجعل التملك أشق بكثير . فكان يكتفى أن ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض خمس سنوات

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٤ - محمد علي غرة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٢ - عبد الفتاح عبد البرق فقرة ٢٠٧ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ : وينحى إلى أن ملكية الأرض قبل تحقق عدم الاستعمال هي ملكية بائنة ، لا ملكية ملققة على شرط قاسخ ، ولكنها ملكية ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال . وانظر أيضاً من هذا الرأي الأخير عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٨٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢ .

(٢) والتوالى في الخمس السنوات التي ينقطع فيها المستصاح عن التعميم قرينة على نية ترك المستصاح للأرض المستصلحة ، وهذه النية تستخلص من التوالى أظهر بكثير مما تستخلص من خمس سنوات على فترات متقطعة (أنظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١٠ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

ولو غير متوالية في خلال الخمس عشرة سنة حتى يتحقق الشرط الفاسخ ، فتفسخ ملكية المستصلح . فاذا انقطع سنتين بعد انقضاء ثلاث سنوات من التعمير ، ثم استأنف التعمير خمس سنوات ، وانقطع بعد ذلك سنتين ، ثم استأنف التعمير سنتين ، فانه إذا انقطع سنة بعد ذلك ، أى السنة الأخيرة لتام الخمس عشرة سنة ، تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت ملكيته ، مع أنه يكون قد بقى يعمر الأرض عشر سنوات كاملة ، ولم ينقطع عن تعميرها إلا خمس سنوات غير متوالية . أما في التقنين المدني الجديد فالأمر أيسر من ذلك بكثير ، إذ يشترط هذا التقنين التوالى كما قلنا . فيكفى ، حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ ، أن يعمر المستصلح الأرض سنة واحدة ثم ينقطع أربع سنوات ، ويعود إلى تعميرها سنة واحدة وينقطع أربع سنوات ، وهكذا حتى يتم الخمس عشرة سنة دون أن يكون قد قفى في تعمير الأرض أكثر من ثلاث سنوات وانقطع عن تعميرها اثنتى عشرة سنة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى المالكية بعدم استعمال الأرض في أثنائها يجب أن تكون سنين متوالات . فأصبح المستولى أقل تعرضا لفقد ملكيته في المشروع عنه في التقنين الحال (السابق) الذى لا يشترط التوالى . ويكفى في المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فاذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات ، لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ » (١) . وانقطاع المستصلح عن التعمير معناه أنه إذا كان قد زرع الأرض يكف عن زراعتها ، وإذا كان قد غرسها أشجارا ينقطع عن تعهد الأشجار بالتسميد والصيانة ، وإذا كان قد أقام فيها بناء يترك البناء دون استعمال ودون صيانة حتى يصبح معرضا للتخرب .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ .

ويتحقق الشرط الفاسخ ، كما قلنا ، بانقطاع المستصلح عن التعبير خمس سنوات متوالات في خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك (١) . فاذا ما تحقق ، انفسخت ملكية المستصلح بأثر رجعي ، واعتبر أنه لم يكن ما لكا منذ البداية . وعلى ذلك تزول جميع تصرفاته في الأرض المستصلحة تبعاً لزوال ملكيته بأثر رجعي (٢) . وتسرى القواعد العامة المقررة في تحقق الشرط الفاسخ (٣) ، وتعود ملكية الأرض المستصلحة للدولة .

أما إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن ملكية المستصلح تصبح ملكية باقية ، وتثبت جميع تصرفات المستصلح في الأرض المستصلحة ، وتسرى القواعد العامة المقررة في تخلف الشرط الفاسخ . ويلاحظ أن تخلف الشرط الفاسخ هنا معناه أن يكون قد مضى على تعبير الأرض المستصلحة مدة خمس عشرة سنة دون أن ينقطع المستصلح عن تعبيرها خمس سنوات متوالية . ولا يفهم من ذلك أن المستصلح قد ملك الأرض بالتقدم الطويل ،

(١) وإذا أثبت المستصلح واقعة التعبير ، كان أثبت أن الأرض مزروعة فعلاً ، فلي الحكومة يقع عبء إثبات أن المستصلح قد انقطع عن التعبير خمس سنوات متوالات (الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قرينة عدم الاستعمال المستخلصة من عدم فرض ضريبة على الأرض ينقضها إثبات أن الأرض مزروعة فعلاً (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤) .

(٢) والذين لا يقولون بالشرط الناسخ انقسموا . فهم من يذهب إلى زوال التصرفات لا بناء على تحقق الشرط الناسخ بأثر رجعي ، بل لأن المستصلح الذي تصرف في الأرض كانت ملكيته ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك (شفيق شحاته فقرة ٢١٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) . ومنهم من سار في إنكار الشرط إلى نهايته ، فذهب إلى أن تصرفات المستصلح لا تزول بالرغم من زوال ملكيته بعدم الاستعمال ، لأن الملكية لا تزول في هذه الحالة بأثر رجعي (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

(٣) ولكن المستصلح يعتبر بانياً أو غارساً في الأرض بحسن نية ، فتسرى عليه القواعد المقررة في الالتصاق للبان أو الغارس في ملك غيره بحسن نية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٤ ص ٤٦) . ولا يتعارض هذا الحكم مع القول بانفساخ الملكية بأثر رجعي ، فإن الأثر الرجعي إنما هو مجاز قانوني لا يتعدى إلى الأعمال المادية التي تكون قد تمت قبل تحققه ، ولا شك في أن المستصلح وقت أن بنى أو غرس كان حسن النية إذ كان يبنى أو يغرس في أرض يملكها (قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ ص ٢١٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) .

أى بانقضاء خمس عشرة سنة ، فهو قد تملك الأرض بمجرد تعميرها وقبل أن تبدأ الخمس عشرة سنة كما قلنا ، وتملكها بالاستيلاء المصحوب بالتعمير لا بالتقادم . وعلى ذلك لا تكون مدة الخمس عشرة سنة مدة تقادم ، بل هي ميعاد حدده القانون لا يجوز في خلاله أن ينقطع المستصاح عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية . ومن ثم لا ترد أسباب الوقف ولا أسباب الانقطاع على مدة الخمس عشرة سنة ، فلا توقف هذه المدة ولا تنقطع (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم العادى وإلا وجب أن تراخى إلى خمس عشرة سنة ، وإنما هى تكسب فى الحال معلقة على هذا الشرط الفاسخ » (٢) .

٢٠- حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى ، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول ، لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة فى الأراضى الصحراوية والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تمسها أحكام هذين القانونين . وتأكيذا لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن « جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها » .

ويمكن القول ، استخلاصا مما تقدم ، وتطبيقا للقواعد العامة، أنه إذ وضع شخص يده على أرض صحراوية لتعميرها فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (وقت العمل بالتقنين الملتئ الجديد) ، وعمرها بعد سنة ، فإنه يملكها بمجرد التعمير فى سنة ١٩٥٠ ، وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ ملئى التى كانت معمولا بها وقت ذلك ولم تكن قد حذفت .

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨١ ص ٤٢٤ - وقدرن شفيق شحاته فقرة ٢١١ (ويذهب إلى أن الخمس عشرة سنة هى مدة تقادم مسقط) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ ، هو عدم الانقطاع عن تعميرها على النحو الذى قلناه . فاذا هو لم ينقطع عن تعميرها خمس سنوات متوالات فى مدة الخمس عشرة سنة التالية للتملك ، أى إلى سنة ١٩٦٥ (١) فى الفرض الذى نحن بصدده ، فإن ملكيته تصبح باثة لتخلف الشرط الفاسخ . ولا يمس ملكيته هذه ، التى ثبتت له منذ سنة ١٩٥٠ ، لا صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ولا صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكتسبة تنظيماً تشريعياً ، إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتى : « يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، المستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد - وبعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يتجاوز الملكية العقارية المقررة قانوناً . ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تررع جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط . فاذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمير أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار

(١) ولا عبرة هنا بأننا جاوزنا سنة ١٩٦٤ التى صدر فيها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فإن هذا القانون ليس له أثر رجعى كما قلناه ، والقانون الذى ينطبق فى الفرض الذى نحن بصدده هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد حذفت ، والتى كانت سارية وقت تملك المستصلح للأرض تحت شرط ناسخ فى سنة ١٩٥٠ .

الجديدة التي تنشئها الدولة . (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التي تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون ؛ (١)

هذا ويجوز أن يكون شخص قد اشترى ، قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، ولم ينجز هذا الاستصلاح . فيبقى حقه دون مساس به بعد صدور القانون المذكور ، بل ويمنحه هذا القانون مهلة إضافية يتم في خلالها استصلاح

(١) ونورد هنا المذكرة الإيضاحية لهذا النص وهي تشرح النص شرحاً مستفيضاً : « ولما كانت النظم القانونية التي تحكم الملكية في الأراضي الصحراوية قد مرت بعدة مراحل متعاقبة منذ أن صدرت بعض الأوامر العالية . . . التي كان بعضها يمنح العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية في تلك الجهات ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر في ١٧ من المحرم سنة ١٢٨٤ هجرية (٢١ من مايو سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، والتي كان بعضها الآخر يعلق تملك الأراضي البور المملوكة للدولة على استيفاء إجراءات معينة من بينها الحصول على إذن بذلك من الحكومة ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر بتاريخ ١٩ من ذي القعدة سنة ١٣٠١ هجرية (٩ من سبتمبر سنة ١٨٨٤ ميلادية) . وفي ظل القانون المدني المصري القديم ، اتجه الرأي في الفقه والقضاء إلى اعتبار الأراضي الصحراوية الواقعة خارج الزمام من الأراضي المتروكة التي يجوز تملكها بالاستيلاء عليها بطريق الزراعة أو التراس فيها أو البناء عليها ، وذلك استناداً إلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدني المصري الأهل وبقى الحال كذلك حتى صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تملك العقارات في أقسام الحدود ، الذي مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بعد إلغاء الأحكام العرفية التي صدر في ظلها . وقد حظر هذا الأمر على الأجانب أن يملكوا بغير طريق الميراث العقارات الكائنة في أقسام الحدود أو أن يكتسبوا أي حق عيني عليها ، كما قضى بوجوب حصول المصريين على إذن سابق من الحكومة بالنسبة إلى ما يملكونه بغير طريق الميراث من العقارات المشار إليها والحقوق العينية الواردة عليها . . . ثم صدر القانون المدني الجديد .. وقضت المادة ٨٧٤ منه بأن . . . وبعد ذلك صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، وقد أشارت مذكرته الإيضاحية إلى أن « الجدل قد ثار حول ماورد في المادة ٨٧٤ مدني المشار إليها والتي تميز تملك الأراضي بطريق الاستيلاء الحر . . . واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ .. وقد اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى حسم ذلك »

الأرض ، إذ نصت المادة ٧٤ منه على أن « يمنع كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة له وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدين أطول - فإذا لم يقم المشتري باستصلاح الأرض المبيعة وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد : « ولما كان هذا الحكم المستحدث قد يدم بعض المتصرف إليهم قبل تاريخ العمل بالقانون المرافق ممن تقاعسوا عن استصلاح وزراعة الأراضي البور والصحراوية

« الخلاف في الرأي . . . و أوضحت مذكرته الإيضاحية اتجاهها إلى تغليب فكرة قيام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ٤٥ حتى تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ ، واستدلت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥١ بمنح غير المصريين من تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها ، وهو لاحق للقانون المدني الجديد ، قد أشار في ديباجته إلى المرسوم بقانون المشار إليه فهو يعترف ببقائه قائماً إلخ . وترتب على هذا الاتجاه أن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه اتجه إلى اعتناق مبدأ إهدار الحقوق المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني ، وإنكار الملكيات العقارية القائمة عليها في الأراضي الصحراوية . . . حتى لو كانت سابقة على تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ذاته . . . وقصرت المادة ٥ من هذا القانون الأخير إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في حالات الملكية والحقوق العينية التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون ، أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروطها قد نفذت .

« ومهما يكن من أمر وجهة النظر التي اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى تغليبها ، فإن تطبيقه في العمل قد أثار شعوراً بالقلق في نفوس المواطنين في بعض المناطق الصحراوية فيما يتعلق بعدم الاعتراف بملكياتهم العقارية المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني الجديد وإلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدني الأهل القديم المقابلة لها والتي كانت سارية منذ سنة ١٨٨٣ ، أي قبل أن يصدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ المشار إليها بأكثر من نصف قرن . وبناء على ذلك فقد أُميد بحث جوانب القصور التي شاب القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، كما أُميد النظر في المبدأ الذي اعتنقه ذلك القانون في ضوء ما كشف عنه تطبيقه في العمل ، وفي ضوء الاعتبارات المتعلقة بالعدالة واحترام الحقوق المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان =

المتصرف فيها إليهم رغم انقضاء مدة العشر سنوات المشار إليها من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي ، لذلك فقد روى إتاحة فرصة جديدة أمامهم بمنحهم مهلة إضافية مدتها سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون المرافق ، يلتزمون باتمام أعمال استصلاح وزراعة الأراضي المشار إليها خلالها . وروعى في قصر هذه المهلة الإضافية على مدة السبع سنوات التالية على العمل بهذا القانون دفع المتصرف إليهم المذكورين إلى مضاعفة جهودهم

وقد استقر رأى الأجهزة الفنية في الوزارات والجهات الإدارية المختصة المختلفة إلى وجوب تعديل أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه على النحو الذى يوفر رعاية الحقوق المشروعة المستقرة لأصحابها من المواطنين منذ ما قبل تاريخ نفاذ ذلك القانون ، ويكفل إقرار ملكياتهم السابقة على هذا التاريخ والاعتراف بها .

لذلك فقد أورد القانون المرافق في المادة ٧٥ من أحكاماً انتقالية قصد بها إقرار الملكيات السابقة على القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه والاعتداد بها . وقد روى في صياغة هذه المادة تضمينها الحالات التى أقرها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه في مادته الخاصة بالنسبة إلى الملكيات العقارية والحقوق المعنية السابقة على تاريخ العمل به ، كما أشير فيها إلى حالات الملكية والحقوق المبنية للمستندة إلى أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه ذاته والتي تم إقرارها وفقاً لأحكامه بعد العمل به ، وكذلك فقد أوردت هذه المادة النص على إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد (والمادة ٥٧ من القانون المدنى الأمل القديم من قبل) . وقصد من تعداد هذه الحالات في تلك المادة أن يكون النص عليها جاسماً مانعاً بحيث يقتصر الاعتداد في تطبيق أحكام القانون المرافق على الحالات المشار إليها القائمة قبل تاريخ العمل به .

وروى بالنسبة إلى حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى وضع اليد ، اشتراط استمرار وضع اليد على الأراضي الواردة عليها تلك الملكية بطريق الفراس أو الزراعة لمدة سنة كاملة على الأقل قبل العمل بالقانون المذكور ، ذلك رغم أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى المشار إليها كانت تقضى بأنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك في الحال الجزء المزروع أو المفروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية لملكه . والحكمة من اشتراط وضع اليد لمدة سنة كاملة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه بالنسبة إلى الملكيات المشار إليها هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزور فيها الأرض الصحراوية أو يستمر الفرس فيها لمدة سنة زراعية كاملة ، دون

في استصلاح تلك الأراضي وزراعتها مستقبلاً ، حتى يتيسر تعويضهم في أقصر وقت ممكن عما فاتهم من كسب ، وتعويض ما فوتوه من نفع على المجتمع بفعلهم وبتقصيرهم في إحياء الأرض الموات المبيعة إليهم طوال المدة السابقة الممتدة من تاريخ تسليمهم تلك الأراضي .

— الحالات التي تزرع فيها هذه الأراضي أو تغرس بصفة غير منتظمة جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط .

• وتحقيقاً لما استهدف القانون المرافق من إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في الأراضي الصحراوية وتأمين استقرارها وتوفير الحماية القانونية لها ، لذلك فقد روي تضمين المواد من ٧٦ إلى ٧٩ من هذا المشروع الأحكام الانتقالية التي تعالج المراحل التي يمر بها الإخطار من تلك الملكيات ، وتحقيقها ، والفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتراف بها ، ثم شهر هذه المحررات إلخ .

الباب الثاني

كسب الملكية

بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

(Succession)

٢١ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني على ما يأتي :

« تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٧٧/٥٤) يعرض لأحكام القانون الدولي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٠٧ من المشروع التمهيدي ذي الوجه الآتي : « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبتهم في الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها ، مالم يرد فيها نص خاص » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف العبارة الأخيرة « مالم يرد فيها نص خاص » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٤٤ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥ ، بعد الاستضافة بعبارة « والقوانين الصادرة في شأنها » عن عبارة « والتقنيات المستمدة منها » ، وذلك « لأن المراد هو التشريعات التي تصدر في شأن الميراث » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

المخصص في الميراث ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيته (١) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ وم ٨٢٦ (١) وم ٢٠١/٨٣٦ - وفي التقنين المدني

(١) التقنين المدني السابق م ٥٤ وطني : يكون الحكم في الموارث على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالمللة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منقمة الأموال الموقوفة ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

م ٧٧ مختلط : يكون الحكم في الموارث على حسب المقرر في قوانين الدولة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منقمة الأموال الموقوفة أو في منقمة الأراضي الخراجية ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

ويتبين من هذه النصوص (وبخاصة من نصوص التقنين المختلط) أن المعنى المقصود هو أن الميراث تتبع فيه أحكام قانون الدولة التي يتبعها المتوفى بجنسيته ، فتكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذه النصوص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد ، وتجري على الوجه الآتي : «يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المفضاة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصو أو من صدر منه التصرف ، وقت موته» .

هذا وقد صدر في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بتعديل المواد ٥٤ ، ١/٥٥ و ١٣٠ من التقنين المدني الأمل بما يجعل نصوص هذه المواد واضحة في المعنى المقصود . فأصبح نص المادة ٥٤ كما يأتي : «يكون الحكم في الموارث والوصايا على حسب المقرر في قانون بلد المتوفى» . وأصبح نص المادة ١/٥٥ كما يأتي : «تراعى أيضاً في أهلية الموصى لعل الوصية وفي صحتها الأحكام المقررة لذلك في قانون الموصى» . وأصبح نص المادة ١٣٠ كما يأتي : «الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون بلد العاقد» . وكذلك صدر في نفس التاريخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وقد نص فيه على أن «قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون لتوريث طبقاً لشريعة المتوفى» - أنظر في هذه القوانين ومذكرتها التفسيرية (وقد شرحت في أسباب الأسباب التي دعت إلى إصدار هذه القوانين) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٧ ..

الليبي م ١/٨٧٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ وم ٢٢٨ (أ) وم ٢٣٠-٢٣١ (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه عرض للمسائل الرئيسية الثلاث التي تشمل عليها الميراث ، وهي تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال ملكية هذه الأنصبة إليهم ، وذكر أن الشريعة الإسلامية وما يصدر من قوانين خاصة هي التي تسرى على هذه المسائل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد حسم المشروع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهريين في الميراث . فقضى بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين ، وحتى لو اتفقوا جميعاً على تطبيق قانون ماتهم . وجعل

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ : كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بترع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكا له قبل تسجيله ، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل . م ٨٢٦ (أ) : يكتسب حق التسجيل في السجل العقاري بالأبواب الآتية : (أ) بالإرث . م ١/٨٢٦ ، ٢ : ١ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال . ٢ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث في العقارات إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين . (وأحكام التقنين السوري تتفق إجمالاً مع أحكام التقنين المصري) . التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ : ١ - يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة . ٢ - وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ (موافق للمادة ٣/٨٢٥ سوري) . م ٢٢٨ (أ) (مطابق المادة ٨٢٦ (أ) سوري) .

م ٢٣٠ : تخضع التركات لأحكام القانون العام . م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين والبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

(وأحكام القانون اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين السوري ، فيما عدا أن القانون اللبناني لا ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) .

هذه الشريعة هي التي تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة . فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضى بالا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهي قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، وإذا كانت تغاير النظم اللاتينية ، فإنها تتمشى مع النظم الجرمانية . ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات ، فإن اغفال هذا النظام في التقنين المدنى الحالى (السابق) أوقع القضاء والمقه فى كثير من الارتباك . وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص ينظم بها تصفية التركة ، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدثت (١) .

وقد أراد المشروع بوضع نظام لتصفية التركة تطبقه جماعة أن يحمى حقوق دائي التركة . ولكنه لم يجعل هذه التصفية أمرا إجباريا ، فنظم ، عند عدم الالتجاء إلى التصفية اجماعية ، طريقا لحماية الدائنين إذا اتخذوا إجراءات فردية ، وذلك بشهر حقوقهم .

ثم إن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومن بعده قانون السجل العيى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، عالج كل منهما نقضا خطيرا كان ملحوظا فى قانون التسجيل رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر حق الإرث حتى يستطيع الوارث أن يتصرف فى الحقوق التى آلت إليه بالميراث .

ونخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الميراث هي : (١) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث . (٢) تنظيم حماية حقوق دائي التركة عن طريق إجراءات فردية أو إجراءات جماعية (تصفية التركة) . (٣) شهر حق الإرث .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٠ - ص ٢٠١ .

البحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث

٢٢- الشريعة الإسلامية تطبق جميع المصريين وفي جميع صائغ الميراث :
قدمنا أن التقنين المدني الجديد قد حسم الخلاف في أمرين جوهرين :

(١) فقد قضى بأن الشريعة الإسلامية ، في الميراث تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين (١) . والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى واضحة كل الوضوح في هذا الصدد ، إذ تقول : « الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها هي التي تنطبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين . ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق . ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذي يحدد الورثة مبدئيا ، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة ليطبق نهائيا ، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا ، بحللة ماجرت عليه التقاليد من أن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة من أول الأمر ، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا . وقد قضى المشروع على هذا الخلاف ، فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أي فرض من الفروض » (٢) .

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - وقد كانت الشريعة الإسلامية ، في عهد التقنين المدني السابق ، هي الواجبة التطبيق بوجه عام على مورثات جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) ، وذلك مالم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم على غير ذلك ، ماداموا يملكون التصرف في حقوقهم . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الأساسية في مورثات المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، مالم يتفق الورثة

(٢) وقضى التقنين المدني الجديد كذلك بأن الشريعة الإسلامية تطبق في جميع مسائل الميراث ، لا فحسب في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، بل أيضا في انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث .

فنستعرض في إيجاز المسائل المتعلقة بتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، وهي التي يطبق فيها قانون الموارث وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية . ثم نستعرض كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، ونبين في إيجاز أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد وهي الأحكام الواجب تطبيقها وفقا للمادة ٨٧٥ مدني سالفة الذكر (١) .

= الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه وهي التي أشارت إلى مسألة الموارث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما في الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم في الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصها . أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك ، فيعمل باتفاقهم الذين هم أحرار فيه ، ماداموا يكونون أهلا للتصرف في حقهم (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٨ رقم ١) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ ص ١ - وانظر استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٨ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٩٧ (يعين قانون الملة الورثة الذين يجب اتفاقهم على إخضاع الميراث لهذا القانون) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢١٣ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث ، فهي التي تعين الورثة ، وتقسمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام ، وتجري أحكام الحجب والعول والرد وما إلى ذلك من أحكام الميراث ، وتحديد نصيب كل وارث ، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٦) .

وحق لو وجب تطبيق قانون أجنبي على تركة مسلم طبقاً لقواعد الإسناد ، فإن محكمة النقض تستبعد من هذا القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام في الشريعة الإسلامية . وقد قضت في هذا المعنى بأنه وفقاً للمادة ٢٨ مدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر . وإذا كان تطبيق -

١٤ - تعيين الورثة وتحرير انصبااتهم

٢٣- قانون الوارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ومنعرضه من المسائل :

كانت المحاكم الشرعية تطبق ، في تعيين الورثة وتحديد انصبااتهم ، أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد روى ، حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية في المحاكم الوطنية ، أن هناك حرجا في الاختصار على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . فهناك مسائل في المذهب الحنفي وقع فيها اختلاف في ترجيح الأقوال ، أو لم ينص على ترجيح ، فتضاربت الأحكام باختلاف نظر القضاة . وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من أقوال المذهب الحنفي ، أو بأحكام المذاهب الأخرى . فاستقر الرأي على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية والأوقاف والموارث والوصية ، تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة ، ويراعى فيها ما يلائم حالة البلاد وما يساير رقيها الاجتماعي . فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام الموارث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية .

والذي يعنينا هنا هو قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد قسم أبوابا ثمانية : الباب الأول في أحكام عامة وموانع الإرث ، والباب الثاني في أسباب الإرث وأنواعه ، والباب الثالث في الحجب ، والباب

- لقانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ، بينما تعتبرها الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والمصبات ، وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى تصور قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر ، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند طمس الاعتداد بها وتقليب قانون اجنبي عليها ، مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتدخل فيها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (نقض ملئ ٢٧ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٥ ص ٧٢٧) .

الرابع في الرد ، والباب الخامس في إرث ذوى الأرحام ، والباب السادس في الإرث بالعصوبة السيية ، والباب السابع في استحقاق التركة بغير إرث ، والباب الثامن في أحكام متنوعة .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب من الأحكام ، فهي من مباحث كتب الفقه الإسلامى . ولكتنا نستعرض هنا في إيجاز تام ، من خلال هذه الأبواب الثمانية ، ما ينطوى تحت عبارة « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم » من المماثل الرئيسية .

٢٤ - الأنظمة العامة في الميراث : ففى الأحكام العامة ، يقرر قانون الموارث أن سبب استحقاق الإرث هو موت المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى فى حالة المفقود ، وموت المورث هو واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث إلى الوارث . ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، فاذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا كما فى حالة الفرقى والهدمى والحرقى فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر .

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة : (١) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته . (٢) ديون الميت . (٣) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويمنع من الإرث : (١) قتل الوارث للمورث عمدا ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغا من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى . ويعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث على المورث شهادة زور تؤدى إلى الحكم على المورث بالإعدام ، مع تنفيذ هذا الحكم . (٢) اختلاف الدين والدار . فلا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض . واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من تورث الأجنبي عنها .

٢٥ - الميراث بالفرض (أصحاب الفروضه) : ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض ، وهم :

(١) الأب والجد الصحيح : ولكل منهما فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولداين وإن نزل .

(٢) أولاد الأم : ولأولاد الأم فرض السدس ، والثلاث للابنتين فالأكثر ، ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء^(١) . ويحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا ، والولد وولد الابن وإن نزل .

(٣) الزوج والزوجة : وللزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة . ولو كانت مطلقة رجعيًا^(٢) إذا مات الزوج وهي في العدة ، أو الزوجات ، فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

(٤) البنات وبنات الابن : وللواحدة من البنات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان . وبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة . ويحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل ، بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة) ، ويحجبها أيضا بنتان أو بنتا ابن أعلى منها ما لم يكن معها من يعصمها

(٥) الأخوات الشقيقات والأخوات لأب : وللواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان . وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة . ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة . ويحجب الأخت الشقيقة كل من الابن وابن

(١) وإذا استغرقت الفروض التركة ، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالأفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء .

(٢) فإن كان الطلاق باتناً ، ولوبيئونة صغرى ، منع ذلك من الميراث شرعاً (نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٨ ص ١٠٤٥) .

الابن وإن نزل ، والأب - ويحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل . كما يحجبها الأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصبة مع غيرها والأختان الشقيقتان إذا لم يوجد أخ لأب

(٦) الأم والجدّة الصحيحة : وللام فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . أو مع اثنين أو أكثر من الأخت والأخوات . وإذا التفت في غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط . كان لها ثلث مابقي بعد فرض الزوج . والجدّة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن مات . وللجدّة الصحيحة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين . وتحجب الأم الجدّة الصحيحة مطلقا ، وتحجب الجدّة القريبة الجدّة البعيدة ، ويحجب الأب الجدّة لأب . كما يحجب الجد الصحيح الجدّة إذا كانت أصلا له .

هذا وإذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة ، قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث . وهذا هو العول . ففي زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا وللشقيقتين الثلثان فرضا ، فراد مجموع الأنصباء على الواحد الصحيح . فتقسم التركة بينهم بنسبة أنصبتهم . ويكون للزوج ثلاثة أسباع التركة وللشقيقتين أربعة أسباعها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبة من النسب ، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم . ففي بنت وزوجة للبنت النصف فرضا وللزوجة الثمن فرضا . ويرد باقي التركة وهو ثلاثة الأثمان على البنت دون الزوجة . ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام . فإذا مات الزوج . ولم يترك من أصحاب الفروض إلا الزوجة . وليست له عصبة من النسب ولا أحد من ذوى الأرحام . أخلفت الزوجة ربع التركة فرضا وثلاثة أرباعها ردا . ونرى من ذلك أن الرد، في أحواله المختلفة، هو تفيض العول

٢٦ - الإرث بالتعصيب (العصبات) : وإذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض ، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركية ، كانت التركية أو ما يبقى منها بعد الفروض للعصبة من الذب . والعصبة من النسب ثلاثة أنواع :

(١) العصبة بالنفس وهم جهات أربع ، مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة . وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل . (٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . (٣) الأخوة . وتشمل الإخوة الأشقاء والإخوة لأب وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما . (٤) العمومة . وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب . وأبناء من ذكر وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

وإذا اتحدت العصبة بالنفس في الجهة ، كان المستحق الإرث أقربهم درجة إلى الميت . فيقدم الابن على ابن الابن فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة ، كان التقديم بالقوة . فن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة . فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب . فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة . كان الإرث بينهم على السواء . فتتصرف التركية أو ما يبقى منها بعد الفروض بين الابنين أو بين الأخوين أشقاء . والمراد من التقديم سالف الذكر هو التقديم في الإرث بالتعصيب ، فلا يبنى هذا أن الأب مثلا يرث بالفرض مع الابن الذي يرث وحده بالتعصيب باقى التركية بعد فرض الأب . فيرث الأب السادس ويرث الابن خمسة الأسداس .

(ب) العصبة بالغير وهم : (١) البنات مع الأبناء . (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتين مطابقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترتز بغير ذلك . (٣) الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء . والأخوات لأب مع الإخوة لأب . ويكون الإرث بينهم ، في جميع هذه الأحوال ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ح) العصبة مع الغير وهن : الأخوات الشقيقات أو لأب يصبحن عصبة إذا اجتمعن مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، فيكون لمن الباقي من التركة بعد الفروض . وفي هذه الحالة يعتبرون بالنسبة إلى باقي العصبات في مقام الأخوة الأشقاء أو لأب ، ويأخذن أحكامهم في التقديم بالجهة والدرجة والقوة (١) .

٢٧ - أمّ ذوى الأرحام : وإذا لم يوجد أحدهن العصبة بالنسب ، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية ، كانت التركة ، أو الباقي منها في حالة وجود الزوج أو الزوجة ، لذوى الأرحام . وذوو الأرحام أربعة أصناف ، تقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

الصنف الأول - أولاد البنات وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصنف الثاني - الجد غير الصحيح وإن علا ، والجدّة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث - أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وأولاد الإخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وإن نزلوا ، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا ، وأولادهم وإن نزلوا .

(١) هذا وإذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ، استحق الأب السدس فرضاً ، واستحققت البنت أو بنت الابن النصف فرضاً ، ثم استحق الأب أو الجد باقي التركة أي الثلث بطريق التصيب .

وإذا اجتمع الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب والأخوات الشقيقات أو لأب ، كانت له حالتان : الأولى أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو إناثاً حصين مع الفرع الوارث من الإناث . والثانية أن يأخذ الباقي بعد الفروض ، بطريق التصيب ، إذا كان مع أخوات لم يصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . عل أنه إذا كان الإرث بالتصيب أو المقاسمة على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه من السدس ، اعتبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر في المقاسمة من كان محبوباً من الإخوة أو الأخوات لأب .

الصف الرابع - ويشمل ست طوائف مقدما بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي : (الطائفة الأولى) أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الثانية) أولاد من ذكروا في الطائفة الأولى وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الثالثة) أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخواتها وأبنائها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الرابعة) أولاد من ذكروا في الطائفة الثالثة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الخامسة) أعمام أب أب الميت لأم ، وأعمام أب أم الميت وعماتها . أخواتها وأخواتها لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتها وأخواتها وأبنائها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة السادسة) أولاد من ذكروا في الطائفة الخامسة وأن نزلوا ، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهكذا (١) .

(١) والمواد ٣٢ - ٣٧ من قانون الميراث تبين ، في كل صنف من الأصناف الثلاثة الأولى من ذوى الأرحام ، وفي كل طائفة من الطوائف الست في الصف الرابع ، من يتقدم على غيره في الإرث من أفراد الصنف أو الطائفة . هذا ويوجد بعد إرث ذوى الأرحام إرث بالمصوبة السبية ، ثم استحقاق المقر له بالنسب للتركة .

ويشمل الباب الثامن والأخير من قانون الميراث حل أحكام متنوعة ، تتناول توزيع الحمل وإرث المفقود وإرث الخنثى المشكل وإرث ولد الزنا وولد اللعان والتخارج . ونجزي هذه الإشارة ، بعد أن قدمنا من المسائل التي اشتمل عليها قانون الميراث ما فيه الكفاية .

§ ٢ - انتقال التركة من المورث إلى الوارث

٢٨ - المسائل التي يتناولها البحث : ولم يتناول قانون الموارث كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، إذ لم يعتبر هذا الموضوع من موضوعات الأحوال الشخصية . فالأمر هنا يتعلق بالميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، تنتقل به ملكية التركة من المورث إلى الوارث . فهو يدخل إذن في الأحوال العينية (الأموال) لا في الأحوال الشخصية . ولكن أحكام الشريعة الإسلامية مع ذلك هي التي تسرى في شأنه ، وقد صرحت بذلك المادة ٨٧٥ مدني (١) كما رأينا .

(١) وقد احتدم الخلاف . في وقت ما في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسرى في هذا الموضوع . وكان الرأي الراجح وجوب سريان هذه الأحكام ، فإذا باع الوارث شيئاً من أعيان التركة كان لدائن التركة أن يتبعوا هذه العين في يد المشتري وينفذوا عليها . وذهب رأي مرجوح إلى عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يكون لدائن التركة حق تتبع العين في يد المشتري ، وليس أمامهم إلا التنفيذ على أموال الوارث الشخصية وعلى ما بقى في يده من أموال التركة ، مع الاحتفاظ بحق الطعن في تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها . ويستند أصحاب الرأي الأول إلى أن المشرع في عهد التقنين المدني السابق قد أخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الميراث في جميع مسائله ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث سبباً لكسب الملكية وانتقالها من المورث إلى الوارث . ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يستمر فيه شخص مورث ولا محل محل المورث في التزاماته ، فإن ديون المورث تنقل بالتركة . وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته ، ولا يرث الوارث إلا ما يبقى بعد سداد الديون إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوارث شيئاً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يتبعها في يد المشتري ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك حق رهن عام بمقدار الديون التي لهم ، لأن التركة مثقلة بهذه الديون . ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف في أعيان التركة ، لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة في التصرف يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يكفي للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نال في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقى منها في أيدي الورثة كافياً للوفاء بهذه الحقوق . أنظر في هذا الرأي

فيعتينا إذن ، مادامنا نعرض للميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، أن نبين أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع . فإن هذه الأحكام هي الواجبة التطبيق فيما نحن بصدده .

ومن ثم نتناول بالبحث المسائل الآتية : (١) انتقال حقوق التركة إلى الورثة . (٢) متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة . (٣) هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها وما هو مدى نطاق القاعدة التي تقضى بالألا تركة إلا بعد سداد الدين . (٤) حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائي التركة .

— عبد الحميد بدوي في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها— وملاحظات عزيز كميل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠— وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١— ومن أصحاب هذا الرأي من يذهب إلى حد القول بحلول الديون الموجلة بموت المدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (على زكي الميراث في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣— وانظر مقالاً له في المجامعة السنة الأولى العدد الخامس) . ويلاحظ على أصحاب هذا الرأي الأول أنهم يستنون في إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى المادة ٥٤ / ٧٧ من التقنين المدني السابق ، والصحيح أن هذا النص هو من نصوص الإسناد في القانون الدولي الخاص لا من نصوص القانون الداخلي . وإنما يرجع إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى أن القوانين المصرية تركت جميع مسائل الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يتعرض لها المشرع المصري بأي حكم موضوعي . وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي السارية في الميراث ، فبقيت سارية حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد مادام أنها لم تنسخ بأي نص من نصوص هذا القانون .

أما أصحاب الرأي الثاني فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، لا في كيفية انتقال المال من المورث إلى الورثة فذلك ليس متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل في أسباب كسب الملكية فتسرى في شأنه المبادئ العامة في القانون المدني . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الشخصية ويقدم المورث على دائي الوارث في اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان العام الذي كان لهم في حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عبئاً بالموت ، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سيء النية . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يظن في تصرف الوارث بالدعوى البوصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث —

٢٩ - انتقال حقوق التركة إلى الورثة : تنتقل جميع حقوق الوارث

المالية - وهذه هي حقوق التركة - إلى الورثة عن طريق الميراث بوفاته المورث ، إذ الوارث خلف المورث في الحقوق المالية . وقد قلنا في هذا المعنى في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي : « وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل خلافة الوارث للمورث . فكرة الخلافة هذه تقضى بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق

= التزم في أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه من التصرف إلا بالحجر . أنظر في هذا الرأي أحمد عبد اللطيف في المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - عبد الوهاب محمد في الشرائع السنة الأولى ص ٥٧ - وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٢٣٦ هامش ١ .

وقد أخذت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بالرأي الأول . فقضت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخولهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل المواريث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي على ما سبق القول القانون في المواريث . وإذن فالحكم الذي ينشأ حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلاً . مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره ٥ رقم ١٥٩ ورقم ١٦٠ ص ٢٥٦) .

أنظر في كل ذلك : الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٢٣٦ هامش ١ - رسالة الدكتور علي إبراهيم الرجال في مدى تعلق حق الغرماء بالتركة - رسالة الدكتور حسن بغدادى في التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ص ٣٠١ و ص ٢٢٧ و ص ٢٣٦ - أحمد نجيب الحلال وحامد زكى في البيع فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٤ - حامد زكى في المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية مجلة القانون الاقتصاد السنة الرابعة - محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٦٧ - محمد كامل مرسى ٥ فقرة ١٠٢ - فقرة ١٠٦ .

أن يقال إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى مجموع حقوقه .
 فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه عليها . ومثل الوارث الموصى له
 بجزء من مجموع الحقوق ، فان نظرية الخلافة تنسج له كما اتسعت للوارث :
 إذ أن كليهما يخلف الميت فى مجموع الحقوق لافى حق معين بالذات ،^(١) .
 ويؤيد ذلك ما ذهب إليه الحنفية من أن حق التعلل مستقلاً عن البناء المستعلى
 ينتقل بالميراث ، ولا ينتقل بالبيع . وذلك لأن انتقاله بالميراث لا يكون
 باعتباره حقاً معيناً بالذات ، بل باعتباره عنصراً داخلياً فى مجموع المال الذى
 خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لأن البيع لا ينقل
 إلا حقاً معيناً بالذات ، ولا يكون حق التعلل حقاً معيناً بالذات إلا إذا
 كان تابعاً للبناء المستعلى^(٢) .

والحقوق التى تنتقل إلى الوارث هى الحقوق المالية : فتنتقل إليه ملكية
 أعيان التركة ، والحقوق العينية الأصلية الأخرى التى للمورث إلا ما كان
 منها ينقضى بالموت كحق الانتفاع ، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن
 وحق الاختصاص وحقوق الامتياز^(٣) . أما ما كان من الحقوق ليس
 حقاً مالياً ، وما كان حقاً مالياً ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل
 بمشيتة المورث لا بماله ، فان شيئاً من هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن
 طبيعة الحق تستعصى على هذا الانتقال ، وتأتى إلا بقاء الحق مع صاحبه
 الأصلى وزواله بموته .

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ هامش ١ .

(٣) وينتقل إلى الوارث أيضاً الحق فى إبطال العقد ، إذ هو حق مالى ينتقل بالميراث .
 وقد قضت محكمة النقض بأن القاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله
 قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل
 ماله وماعليه ، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال
 تصرفاً مالياً ، فانه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث
 يمنع حل الخلف العام مباشرته (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض
 ٩ ص ١٦١) .

ومثل الحقوق غير المالية حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال ، فهذه كلها لا تنتقل إلى الوارث لأنها حقوق غير مالية .

ومثل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث الحق في النفقة ، سواء كان الدائن بها زوجة أو قريباً ، فلا ينتقل هذا الحق إلى الوارث بعد موت الدائن بالنفقة ، وذلك ما لم يأذن القاضي للدائن بالاستدانة ويستندن فعلاً . كذلك حق الرجوع في الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، فلا ينتقل منه إلى وارثه ، بل يسقط بموته . وقد أكدت هذا المعنى المادة ٥٠٢ مدني ، حين جعلت من موانع الرجوع في الهبة موت أحد طرفي العقد ، الواهب أو الموهوب له . وحق الأجل في الدين قام فيه خلاف من حيث اتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن . فهو يورث عن الدائن دون خلاف في ذلك ، فإذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقي الأجل على حاله ولم يحل الدين ، وعلى ورثة الدائن أن يتربصوا حتى يحل الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل ، فمن يقول باتصال الأجل بشخص المدين لا يجعل الأجل ينتقل إلى الوارث فينتفع بما بقي منه كما كان ينتفع المدين لو بقي حياً ، وعلى ذلك يسقط الأجل بموت المدين ولا ينتقل إلى الوارث ، فيحل الدين ولو لم يحل أجله . وظاهر أن هذا القول يتعارض مع ما هو مقرر في القانون المصري من أن الأجل في الدين متصل بالمدين ذاته لا بشخص المدين ، بل هو وصف في الدين ، فإذا مات المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم يتقضى . وقد حصرت المادة ٢٧٣ مدني أسباب سقوط حق المدين في الأجل ، وليس الموت من بينها ، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين . ولا شك في أن هذا هو القانون الوضعي في مصر ، فلا تجوز مخالفته .

بقي أن نتلمس قولاً في الفقه الإسلامي يتفق مع هذا الحكم ، حتى لا يتعارض الفقه الإسلامي مع أحكام القانون في مسألة قلنا إن أحكام الشريعة الإسلامية تسري في شأنها . وفي ملعب مالك لا يسقط الأجل بموت المدين ،

إذا اشترط المدين بقاء الدين مؤجلاً بعد موته إلى أن يتقضى، الأجل (١). ولكن هذا لا يكفي، إذ يكون الأصل في الأجل عند مالك أن يسقط بموت المدين إلا إذا اشترط المدين بقاءه بعد موته. أما في القانون المصري فالأجل لا يسقط بموت المدين، سواء اشترط المدين بقاءه بعد موته أو لم يشترط. والأقرب إلى القانون المصري في هذه المسألة هو رواية في المذهب الحنبلي (٢)، ففي هذا المذهب روايتان في سقوط الأجل بموت المدين، إحداهما أن الأجل لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة الدين (٣). ومعنى توثيق الورثة للدين أن يقدموا ضماناً للدائن يأمن به

(١) أنظر علي الخفيف في بحثه في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة العدد الخامس والسادس ص ٢٣ - وانظر أيضاً محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٣٨ - ص ٣٩.

(٢) وغنى عن البيان أننا لا نلتزم، في الملامة ما بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية، أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، فهذا لا يشترط إلا في الأحوال الشخصية فيما لم يرد في شأنه نص تشريعي. وفي غير ذلك يجوز الاستناد إلى المرجوح من الأقوال في المذهب الحنفي، وإلى غير المذهب الحنفي من المذاهب الفقهية الأخرى حتى لو كان مذهباً غير المذاهب الأربعة المعروفة، وإلى أية رواية من الروايات التي وردت في هذه المذاهب المختلفة.

(٣) وقد جاء في المعنى (وهو من كتب الفقه الحنبلي) في هذا الصدد: «إن مات وعليه ديون مؤجلة، فهل تحمل بالموت؟ فيه روايتان. إحداهما لا تحمل إذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، وقال طلوس وأبو بكر بن محمود الزهري وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله، وحكى ذلك عن الحسن. والرواية الأخرى أنه يحمل بالموت، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال. لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت، لخراجه وتعفر مطالبته بها. ولا في ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين بذمهم وهي مختلفة متباينة. ولا يجوز تطبيقه على الأعيان وتأجيله، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه. أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه. وأما صاحبه، فيتأخر حقه، وقد يتلف الدين فيسقط حقه. وأما الورثة، فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم. ولنا... أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة. وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أو مالا فلورثته. فهل هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان، ويتعلق ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس»

على حقه ، وهذا هو نفس ما تقضى به المادة ٢/٨٩٥ مدني في تصفية
التركة تصفية جماعية ، إذ تقول : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني
التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ بان كان له تأمين
خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان
تكميل يقدمه الورثة من مالم الخاص ، أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ،
رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » . وإذا لم تصف التركة
تصفية جماعية ، ففي تأشير الدائن بحقه ، وفقا لأحكام المادة ٩١٤ مدني
وسياتي تفصيل ذلك فيما يلي ، ضمان كاف بضمن مع الدائن إلى استيفاء
حقه من التركة حتى مع بقاء الأجل قائما بعد موت المدين ، ويقوم هذا
الضمان مقام توثيق الورثة للمدين .

ومثل الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة المورث لا بماله الخيارات ،
وحق الأخذ بالشفعة ^(١) . وأهم الخيارات هي خيار الشرط وخيار
الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف . وينسب
الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هي متصلة بشخص صاحب
الخيار ، وليست إلا اتجاهها لإرادته ومظهرها من مظاهر مشيئته . وليس
للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنتهي به ولا تنتقل إلى الوارث .
إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت
للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوارثة والحلافة . لأن
هذه الخيارات إنما تثبت لعل تحقق في العين ذاتها . فخيار التعيين

— عند الحجر عليه. فان أحب الورثة أداء الدين (عند حلول أجله) والتزامه للغيرم ويتصرفون
في المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى للغيرم أو يوثقوا الحق بضمين على أو رهن يثق به
لوفاء حقه ، فانهم قد لا يكونون أملاء ولم يرض بهم الغيرم ، فيؤدي ذلك إلى فوات الحق . . .
وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت ،
تساووا في التركة فاقسموها على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يحل بالموت ، نظرنا . فان وثق
الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة عن التوثيق حل
دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية » (المقتضى ٤ ص ٤٨٥ —
ص ٤٨٧)

(١) سنعرض ، عند الكلام في الشفعة لما إذا كان حق الأخذ بالشفعة ينتقل إلى الوارث
(أنظر مايل فقرة ١٦٣) .

يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضياح بعض المال أو نقصه . وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه . ويذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق ، وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والحلاقة فكل ذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها . وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو حق مالي يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، بخلاف أحمد فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته ، أما إذا لم يختار قبل الموت فلا يورث الخيار (١) .

(١) أنظر في كل ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٥ ص ٦٩ - ص ٧٠ - وله جهد في التفريق للفرق وهو من كتب الفقه المالكي : وأعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات من حق فلو رثته . وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل . فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب العان ، وأن ينقذ بعد الإيلاء ، وأن يعود بعد الظهار ، وأن يختار من نسوة أسلم عليهن ومن أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما . وإذا جعل المتبايعان له الخيار ، فمن حقه أن يملك إضفاء البيع عليهما وفسخه . ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب ، كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها ، وكالأمانة والوكالة . فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء ، وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال ، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله ونفوساته لا ينتقل للوارث . والسرف في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً ، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به : فاللعان يرجع إلى أمر يعتقد لا يشاركه فيه غيره غالباً ، والاعتقادات ليست من باب المال ، والفيضة شهوته ، والعود إرادته ، واختيار الأختين والنسوة أربعة وميله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دين . ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده وأصله . وانتقل للوارث خيار الشرط في الهيئات ، وقاله الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه عبداً من عبدين على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصي له بعد موت الموصي ، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزهد فلو ارثته القبول والرد . . . وخيار الهبة وفيه خلاف

٣٠ متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة : وإذا قررنا أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة ، فإنه يبقى أن نحدد متى تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة . وقد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة .

ف عند المالكية ، تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، فإذا ماسدد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة من وقت السداد .

وعند الحنفية ، يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة (١) ، فإذا ماصفيت وسددت الديون لم يبق من التركة شيء لأن الدين مستغرق لها . وأما إن كان الدين غير مستغرق ، فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ،

ومنع أبوحنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع . . . ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب للابن بالاعتصار . . . وسلم الشافعي جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للمقد فينتقل مع المقد ، فإن آثار المقد انتقلت للوارث . وعند أبي حنيفة صفة للعقد لأنها مشيئة واختياره ، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته . . . ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال ، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجنابة عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث . (الفروق للقراقي جزء ٣ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٩)

(١) بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يمكن أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر ، يمكن لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة لثنتين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون (أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٠ ص ٢٤٠)

ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لمداد الدين وتنقل بقية الأموال إلى الورثة .

وعند الشافعية في المذهب الحنبلية والحنابلة في أشهر الروايتين ، تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعلق الدين بها ، سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقاً لها (١) .

ولا شك في أن أموال التركة ، في القانون المصري ، تنتقل ملكيتها إلى الوارث فوراً بمجرد موت المورث ، سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة ، وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقاً . وذلك لأن الميراث سبب لكسب الملكية كما بينا . فتنقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها . والميراث يكون بموت المورث ، ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث . وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون الميراث إذ نصت على أن : يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي (٢) . وعلى ذلك يكون حكم القانون

(١) . أنظر في عرض هذه المذاهب المختلفة والأدلة التي يحتج بها كل مذهب : عل الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ - ص ١٧٤ .

(٢) ولا يجوز إسناد موت المورث لتاريخ سابق على وقت حصوله ، وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الخاص بقانون الميراث في هذا الصدد ما يأتي : « بالنسبة لجواز إسناد الوفاة لتاريخ سابق لاختلاف رأى اللجنة . فاتجه رأى فريق من أعضاء اللجنة إلى عدم جواز الإسناد . واعتمد في تبرير رأيه إلى أن الموت إما أن يكون حقيقة أَوْحَكاً . ففيما يتعلق بالموت الحقيقي ، للقاضي أن يحكم - كلما توافرت لديه الأدلة المقنعة - بأن الوفاة وقعت في تاريخ معين : وله في ذلك مطلق الحرية في التقدير أسوة بكل نزاع آخر يعرض عليه للفصل فيه . أما الموت الخفي فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من القاضي ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكماً . فحكم القاضي يقرر الوفاة ويظهرها في الحالة الأولى ، ولكنه ينشئها في الحالة الثانية . ويميزون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة النراء : وبالتالي فكل رأى يخالفه يعوزه السنة الشرعية ، وإلهم بهذا الرأي يتمشون مع المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالمفقود . ويضيفون إلى ما تقدم أنه يصعب جداً وضع ضابط محكم يترشد به القاضي عند إسناد الوفاة إلى تاريخ دون آخر ، إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه فيه . فترك المسألة إلى القاضي يحكم فيها بما يملكه عليه تقديره قد يوقعه في الحرج . . . وقد ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلاً ، وانتهت إلى ترجيح الرأي الأول أخذاً بالأضبط والأحوط .»

المصرى في هذه المسألة متفقاً مع الشريعة الإسلامية ، وذلك في منبهين من مذهبها : الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في أشهر الروايتين .
ويلاحظ أن تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة بموت المورث لا يعنى حتماً أن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من ذلك الوقت ، فإن ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بها فلا يستطيعون التصرف فيها على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن هناك نتائج أخرى تترتب على تحديد وقت انتقال أعيان التركة إلى ملك الورثة بموت المورث ، لا بوقت سداد الديون (١) .

٣١ - هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بمحقوقها - مصرى

نظام القاعرة التى تنقضى بألأ تركة إلا بعد سداد الدين : والآن نعرض لأهم مسألة تبرز بين مسائل انتقال التركة إلى الورثة ، وإن كانت أهميتها أصبحت الآن أهمية نظرية بعد أن عاجلها التقنين المدنى الجديد وقانون الشهر العقارى علاجاً عملياً .

فهناك قاعدة معروفة في الفقه الإسلامى تنقضى بالأ تركة إلا بعد سداد الدين ، فهل تعنى هذه القاعدة بأن ديون التركة لا تنتقل إلى الورثة

(١) أنظر في هذه النتائج بحث الأستاذ على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٧٤ - ص ١٧٧ . ويذكر من هذه النتائج ما يلى :

١ - تمام أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة متصلة أو منفصلة ، كالثمرة والسمن والولد والريح ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكاً للميت ، فنقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة ، فلا تنقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه . وقد أخذت محكمة النقض بأن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فقضت بأن الدين ، وإن كان مستغرقاً للتركة ، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونتائجها يكون حقاً خالصاً للورثة ، فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط . وقد قال بهذا الرأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية في تفسير قاعدة «لا تركة إلا بعد وفاة الدين» ، وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى . فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لما لا يصح الاستناد إليه في التمسك بقاعدة «لا تركة إلا بعد وفاة الدين» ، في وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه في التركة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكاتب القنى لأحكام النقض في مدى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٩ رقم ٨) .

كما تنتقل حقوقها ، وأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون *
 هذا هو الرأي المشهور في الفقه الإسلامي ، فإذا مات المورث عن
 دين في ذمته ، بقي الدين في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة^(١) . ويكون
 لدائني التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة ، حتى لو تصرف
 فيها الوارث كما سئرى . وليس لهم أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ،
 فالتركة وحدها هي المستولة عن ديونها ، ولا تختلط بأموال الوارث .
 وهذا بخلاف القانون الفرنسي ، فإن دين التركة فيه ينتقل إلى ذمة الوارث ،
 ولدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، إلا إذا رفض
 الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنّب أو الجرد (sous bénéfice
 d'inventaire)^(٢) . والحقوق التي ترتب على التركة في الفقه الإسلامي

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القول بأن الوارث مسئول عن دين مورثه
 بمقدار ما ورثه معناه اختلاط مال المورث ومال الوارث ، وهو أمر غير معروف في
 القانون المصري مادامت أعيان التركة موجودة ولم يحصل التصرف فيها ، كما أن الشريعة
 الإسلامية كذلك لا تقر هذه النظرية . ولا تصّرف الشريعة الإسلامية بانتقال شخصية المورث
 لو ارثه ، فقي توفي المورث انتقلت جميع الالتزامات التي كانت بذمة إلى تركته لا إلى
 ورثته ، فلا يعتبر الوارث إذن مسئولاً شخصياً عن ديون التركة (استئناف مصر ٤ أبريل
 سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٢ ص ١٢٦١) .

(٢) ومركز الوارث في الشريعة الإسلامية قريب من مركز الوارث بشرط التجنّب
 أو الجرد في القانون الفرنسي ، فشخصية الوارث تبقى مستقلة عن شخصية المورث في
 الحالتين ، وفي الحالتين أيضاً تتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته . وقد قضت محكمة
 النقض بأنه إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد في القانون الفرنسي ، كانت شخصيته
 مستقلة عن شخصية المورث ، ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض
 للمشترى إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه الغير . وقد أخذ المشرع
 المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي
 بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد ، لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية
 المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته . وعلى ذلك فقي تبين من وقائع
 الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أطيان له الغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف
 في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع
 دعوى حل المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو
 مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن المحكم يكون
 قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٦٠) .

هى على الترتيب الآتى : (أولا) حق الميت فى تجهيزه ودفنه . (ثانيا) حقوق دائى التركة . (ثالثا) حقوق الموصى لم فيما لا يجاوز ثلث التركة بعد سداد ديونها ، إلا إذا أجازت الورثة ما يزيد على ذلك . (رابعا) حقوق الورثة ، وتأتى بعد وفاء حق الميت وسداد ديون التركة وتنفيذ الوصايا .

ولكن ما دام دين التركة لا ينتقل إلى ذمة الوارث بعد موت المورث ، فى ذمة من إذن يكون ؟ هنا اختلفت المذاهب الفقهية وتضاربت فيها الروايات ، ويمكن تلخيص هذا الاختلاف فى إيجاز على الوجه الآتى :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى فى ذمة الميت حتى بعد موته . فهم يفترضون بقاء الذمة قائمة بعد الموت ، ولكن بشرط أن تقوى بركة أو بكفيل . وتقوية الذمة بركة أو بكفيل معناه أن هناك ضمانا للدين يكفل سداده ، وهذا الضمان إما أن يكون تركة الميت فهى مسئولة عن ديونه ، أو كفيلًا يتركه الميت بدينه فيكون الكفيل هو المسئول عن سداد الدين . ومتى وجد هذا الضمان ، أمكن افتراض بقاء ذمة المدين قائمة بعد موته ، فى هذا الافتراض قائمة هى بقاء الدين قائما إلى أن يسدد إما من التركة أو من الكفيل . أما إذا لم يترك الميت تركة أو كفيلًا بالدين ، فلا سبيل إلى سداد الدين ولا قائمة من افتراض ذمة الميت قائمة تتحمل به ، ومن ثم تخرب الذمة ويسقط الدين . ولا شك فى أن افتراض ذمة الميت قائمة بعد موته هو مجرد مجاز قانونى لا يطابق الحقيقة ، فالواقع أن المدين إذا مات لم تعد له ذمة باقية ، وليس افتراض قيام ذمته بعد موته إلا من قبيل الصنعة القانونية .

وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها ، والدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . فإذا مات المدين ولم يترك مالا ، سقط دينه لانعدام محله . والمالكية فى هذا هم أيضا قد لجأوا إلى الصنعة القانونية . ويمكن تفسير قولهم ، فى لغة القانون الحديث ، بأحد تفسيرين . فاما أن يقال إن التركة تصبح فى هذه الحالة

شخصاً معيناً ، يتعلق الدين بِنِعمته^(١) . وهذا القول يتعارض مع أحكام القانون الوضعي في مصر ، فقد عدت المادة ٥٢ ملئ الأشخاص المعنوية وليست التركة من بينها . أو أن يقال إن تركة المورث تصبح ذمة مالية (patrimoine) مستقلة تضاف إلى ذمة الوارث الأصلية وتتميز عنها ، فتعدد ذمة الوارث المالية^(٢) ، وقد أقرت النظرية الحديثة في الذمة المالية تعدد الذمة كما بينا عند الكلام في هذا الموضوع في الجزء الثامن من الوسيط . ولكن تعدد الذمة المالية للشخص الواحد لا يتنافى مع أن كلا من هذه النعم المالية المتعددة هو ذمة لهذا الشخص ، فتكون تركة المورث ، وهي ذمة مالية مضافة إلى ذمة الوارث الأصلية ، هي ذمة مالية للوارث نفسه . ويكون مؤدى القول بأن دين الميت يتعلق بتركته أن هذا الدين يتعلق باحصى ذمى الوارث ، فهو إذن يتعلق بذمة الوارث على كل حال . وهذا ما لم يردده المالكية ، فهم قد فصلوا بمعلمهم الدين يتعلق بالتركة أن يفصلوه عن ذمة الوارث بقدر ما فصلوا أن يفصلوه عن ذمة المورث .

أما الحنابلة ، فهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن الدين يتعلق بذمة الميت على فرض بقائها قائمة بعد موته ، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن الدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . وهناك رأى ثالث في المذهب الحنبلي يذهب إلى أن الدين لا يتعلق بذمة الميت ولا يتعلق بالتركة ، وإنما يتعلق بذمة الوارث ولكن في حدود ما يتركه الميت من أموال . وهذا الرأى الأخير هو الذى نقف عنده ، فهو أقرب إلى المعمول به في القانون الفرنسى إذا قبل الوارث الميراث بشرط الجرد أو التجنيد . وهو في الوقت ذاته أكثر انسجاماً مع المنطق الذى ساد الفقه الإسلامى في انتقال الحقوق إلى الورثة ، فكما أن حقوق التركة تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث عند الشافعية في المذهب الحليد وعند الحنابلة في أشهر الروايتين كما قدمنا ، فن العدالة والمنطق

(١) عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية الحق سنة ١٩٥٧ ققرة ٢٩ .

(٢) حن كيرة ص ٢٧ - ص ٢٨ .

أن تنتقل أيضا ديون التركة إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث .
فإن الحقوق تقابلها الديون ، فتنقل الديون إلى ذمة الوارث في حدود
ما انتقل إلى ذمته من الحقوق . وسرى أن القانون الوضعي في مصر ،
في تنظيمه لحماية دائني التركة في كل من التقنين المدني وقانون الشهر
العقارى ، يتفق مع هذا الرأي الأخير في منهب الحنابلة . ومن ثم يكون
انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، بما لها من حقوق وما عليها من
ديون ، وهى مسألة يجب أن تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية
كما قدمنا ، يتفق فيها التقنين المدني مع الفقه الإسلامى في بعض مناهبه .

على أن اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى ، في انتقال ديون التركة ،
ليست له آثار عملية . فقد اتفقت هذه المذاهب على أن دين الميت يستوفى
مما يتركه الميت من أموال ، فتصبح تركة الميت هى المستولة عن سداد
ديونه . والدين على هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بنوات أعيانها ،
إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالية التركة لا من عين بالذات (١) .

٣٢ - حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون

وما يجب من الحماية لحقوق دائنى التركة : وما دامت تركة الميت هى المستولة
عن سداد ديونه كما قدمنا ، فما هو حكم تصرف الوارث في عين من
أعيان التركة قبل سداد الديون ، هل يكون صحيحا أو يبطل ؟

اختلفت المذاهب الفقهية في ذلك ، ولكنها لا تربط الصحة والبطالان
بوقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة ، والا لوجب القول بأن
من ينهب إلى انتقال الملكية بمجرد موت المورث وقبل سداد الديون
يجعل تصرف الوارث قبل سداد الدين صحيحا مادامت الملكية قد انتقلت
إليه ، ولكننا سنرى أن هذا غير مطرد .

فعند الشافعية ، وهم يقولون كما رأينا بانتقال أموال التركة إلى
ملك الورثة فوراً بمجرد موت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن

(١) عل الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية

يتصرف في أعيان التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة .
 ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما
 يتعلق الرهن ، والرهن عندهم مانع من بيع العين المرهونة . على أن
 في منذهب الشافعي رواية أخرى تقضي بأنه يصح تصرف الوارث في التركة
 المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضاء المالك فلم يمنع التصرف
 كمال المريض . فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ
 التصرف . ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر
 دائن لم يكن معروفا وقت أن اقتسم الدائنون التركة ، رجع عليهم وشاركهم
 فيما أخذوه على قدر دينه (١) .

وفي منذهب الحنابلة روايتان ، أشهرهما أن أموال التركة تنتقل
 إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعلق الدين بها ، فان تصرف
 الوارث في التركة قبل سداد الدين صح تصرفه ولزمه أداء الدين ،
 فان أداء نفذ التصرف وإن لم يؤده فسخ . والرواية الثانية تقضي بأن
 أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين ، فان تصرف
 الوارث في مال التركة قبل سداد الدين لم يصح التصرف ، لأنه يكون
 قد تصرف في غير ملكه (٢) .

ورأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة
 أو كان غير مستغرق لها . فان استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه
 الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة ، ويكون أي تصرف
 للوارث في مال التركة باطلاً في هذه الحالة . وإن لم يستغرق الدين أموال
 التركة ، فبالرغم من أن هناك قولاً بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة ،
 لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف في هذه الأموال ، فان تصرف كان
 تصرفه باطلاً . وهناك من قهء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث
 في هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما يني بسداد الدين ،

(١) انظر في ذلك المذهب جزء أول ص ٣٢٧ .

(٢) انظر في ذلك المذهب جزء ٤ ص ٤٨٧ .

أو إذا أجاز الدائن التصرف (١) .

وعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث

(١) أنظر في ذلك المبسوط جزء ٢٩ ص ١٢٧ - ص ١٢٨ - الزيلعي جزء ٥ ص ٢١٢ - ص ٢١٤ وجزء ٦ ص ٢١٤ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر ، تطبيقاً لهذا الرأي في منعب الحنفية ، بأن التركة المستفزة بالديون ، طبقاً للشريعة الفراء ، لا يملكها الوارث ولا يملك التصرف فيها ، وكل تصرف منه يقع باطلاً بالنسبة إلى الدائنين لأن لهم حق متابعة التركة . أما غير المستفزة ، فقد أباح الفقهاء للورثة التصرف في أعيانها حتى لا تتعطل في أيديهم ، ولذلك لا يجوز للدائن التعرض لهم في تصرفاتهم فيها . على أن حق الوارث ليس مطلقاً ، بل يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يكفي لوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على ذلك فهو باطل (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٧ ص ١٦٥) . وقضت أيضاً بأن ليس للوارث حق التصرف في التركة قبل سداد الدين ، ولا يمنع ما يحصل من تصرف منه الدائن من متابعة أعيان التركة في يد المشتري لاستيفاء حقوقه منها ، لأن الوارث لا يستطيع أن يبيع أكثر مما يملك ، ولا يملك من التركة إلا ما يتبقى بعد سداد الدين ، فلا يمكنه أن يبيع ولا أن يملك المشتري إلا بهذا القدر . ويقع باطلاً كل تصرف في التركة قبل سداد ديونها . ولا محل في هذه الحالة للبحث فيما إذا كانت شروط دعوى إبطال التصرفات الضارة بالدائن متوافرة ، أو دعوى الصورية متوافرة أو غير متوافرة (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٢٠ ص ١٠١) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٣١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٥ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ (ويقع عبه إثبات أنه لا يزال باقياً في التركة مال لوفاء الديون وتعيين هذا المال على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٧١ - ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٧ (عبه إثبات أن في التركة مالا معيناً بين بديونها يقع على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٦ - ١٠ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٦ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٤ - فإذا كانت التركة مستفزة ، وتصرف الوارث ، وأهل الدائن في تقاضى حقه مدة طويلة (ثلاثين سنة) ، لم يكن له بعد هذا الإهمال أن يتبع المدين في يد من تصرف له الوارث (استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣١) .

وقارن استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١٩٤ ص ٤٤٥ .

في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا ، سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المنع ، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة ، بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على الورثة . والرأي الآخر ينصب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو يتزل عن دينه ، أو يبنى من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان : الحالة الأولى أن يكون الوارث حلالا بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما ذرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير علم بالدين ولم يكن الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولا ، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الهابة فقط . ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فإن ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه ، رجع على الورثة بما في أيديهم من أموال التركة . فإن لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه ، رجع على الدائنين بما فاتهم من حصته (١) .

ونخلص مما قلناه في اختلاف المذاهب الفقهية أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد ، بل يرجع إلى حماية دائني التركة . ولما كان نظام شهر الحقوق عن طريق التسجيل أو القيد نظاما حديثا لا تعرفه القوانين القديمة ولم يكن مستطاعا حماية حقوق الدائنين عن طريق الشهر ، فقد

(١). انظر في ذلك المدونة الكبرى جزء ٣ ص ٥٧ - ص ٥٩ .

وانظر في كل ما تقدم مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٨٧ - ص ٩٣ - وانظر أيضا للوسيط ٤ فقرة ١٩١ .

لجأ الفقه الإسلامى لحماية حقوق دائئى التركة إلى أحد طريقين : (١) إما أن يجعل تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الديون باطلا ، وبذلك تبقى الأعيان فى التركة لينفذ عليها الدائنون . ونجد هذا القول فى كل من المذاهب الأربعة على النحو الذى أسلفناه ، وهو طريق فيه إمعان فى حماية الدائنين وتضحية لمصالح الورثة ومن يتصرف له هؤلاء . (٢) أو يوفق بين حق الدائن وحق الوارث ، فيبيح تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين ويجعل هذا التصرف صحيحا ، ولكنه لا يجعله نافذا فى حق الدائن إلا إذا أجاز الدائن التصرف أو نزل عن دينه أو استوفى هذا الدين أو بقى فى التركة مال يكفى للوفاء به . وهذا القول الآخر نجده أيضا فى كل من المذاهب الأربعة ، كما سبق البيان .

ولما كان التقنين المدنى قد صرح ، كما رأينا ، بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى انتقال التركة إلى ملك الوارث ، فانه قد التزم هذه الأحكام ، واختار من المذاهب المختلفة ما يتلاءم مع مبادئه العامة (١) . ومن ثم فقد قرر ، فى انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث وفى

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالتزام أرجح الأقوال فى فقه الحنفية . فقد قضت بأن الشارع ، إذ أخضع دعاوى الحقوق للقانون المدنى وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية ، فقد أبقى الموارث خاضعة للشريعة الإسلامية تقضى فيها المحاكم الشرعية بصفة أصلية طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية . فإن تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية ، كان عليها أن تتبع نفس المنهج . ثم صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مقتناً أحكام الإرث فى الشريعة الإسلامية ، فلم يغير الوضع السابق بل أكد . وأعقبه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، فنص صراحة على أن «قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيما هى قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا بالنسبة إلى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين» . على أنه إذا كان المتوفى غير مسلم ، جاز لورثته طبقاً لأحكام الشريعة الغراء الاتفاق على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى . وإذا كان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام ، وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص ، متعيناً بالنسبة إلى حقوق الورثة فى التركة المدنية ومدى تأثيرها بحقوق دائئى المورث باعتبار ذلك من أخص مسائل الموارث ، فإن القانون المدنى إذ يقرر حكم تصرف الوارث فى التركة المدنية ، باعتبار هذا التصرف عقداً من العقود ، إنما يقرر ذلك على أساس ما خولته الشريعة للوارث من حقوق (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) .

حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون ، المبادئ الرئيسية الآتية :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق دائني التركة بها . فتنقل هذه الأموال إلى الورثة مثقلة بحق عيني^(١) . قريب من أن يكون حق رهن ولكنه رهن مصلره

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنشل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت لفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائن التركة انتطال بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي ، على ما سبق القول ، القانون في الموارث (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ١٥٩ ص ٢٥٦ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت أيضاً بأن موذى قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين أن تركة المدين تنشل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد لى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم ، دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة . أما إذا كان الدين قد انقضى بالنسبة إلى أحد الورثة بالتقادم ، فإن لهذا الوارث ، إذا ما طالبه الدائن قضائياً ، أن يدفع بانقضاء الدين بالنسبة إليه - كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المدين المورث من سريان التقادم بالنسبة إلى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذين انقطع التقادم بالنسبة إليهم ، متى كان محل الالتزام بطبيعته قابلاً للانتقام (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤) . وقضت كذلك بأن ورثة المدين ، باعتبارهم شركاء في تركة كل منهم بحسب نصيبه ، إذا أبدى واحد منهم دعواً موثقاً في الحق الملحق به على التركة ، كان في إيدائه نائباً عن الباقين ، فيستفيدون منه . وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، وللدائنين عليها حق عيني بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤدي شيء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها . وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة في شخص الورثة غير قابل للتجزئة ، ويمكن أن يديه البعض ليستفيد منه البعض الآخر . فإذا تمسك بعض الورثة في دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم ، فإنهم يكونون في هذا الدفع قائلين عن باقي الورثة الذين لم يشتركوا في الدعوى ، ويفيد من الحكم بسقوط الدين الورثة الآخرون الذين لم يشتركوا في الدعوى (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

القانون : ومن ثم فهو أقرب إلى أن يكون حق رهن قانوني . وليس هو بحق امتياز لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق الممتاز ، ولم تتغير طبيعة حق الدائن بموت مدينه .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها إذا شهبوا حقوق إرثهم على النحو الذي سنبينه فيما يلي : ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين (١) ، على النحو الذي أسلفناه .

= وانظر آتفاً نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٦١ ص ٣٨٤ - استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٨ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٥٣٣ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٠ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

وعينية حق دائني التركة لا ترجع إلى طبيعة هذا الحق ، فهو لم يكن عينياً قبل موت المورث . وإنما أصبح عينياً بعد موته لسبين واقعين ، اجتماعاً فتج عن اجتماعهما هذه العينية الواقعية . السبب الأول أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يستدين ، فانهضرت ديونه بموته ، ولم تعد تقبل الزيادة . والسبب الثاني أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يتصرف في أمواله ، فأصبحت هذه الأموال لا تقبل للتقصان . وأصبحت كلها ضامنة لديونه المنحصرة على النحو المتقدم ، وضامنة لهذه الديون وحدها ، إذ أنها بحكم القاعدة التي تقضي بالألا تركة إلا بعد سداد الدين لا تخلف للوارث إلا بعد سداد ديون المورث . وباجتماع هذين السبين الواقعين - ديون منحصرة لا تقبل الزيادة وأموال معينة لا تقبل للتقصان - نتج أن هذه الديون المينة بالذات قد تركزت في هذا الضمان المعين بالذات . وهذه هي معاني الحق المعيني تجمعت بحكم الواقع ، فأصبح حق دائني التركة حقاً عينياً بحكم الواقع قبل أن يكونه بحكم القانون .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، منذ عهد التقنين المدني السابق ، بأن تصرف الورثة في التركة المستفرقة يبيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدني من حيث اعتباره صادراً من غير مالك وبالتالي ميباً صحيحاً لا اكتساب الملكية بالتقادم الحمسي ، ومن حيث علم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشتري للمعين المبيعة له لا يكسب هذه الملكية إلا محالة بحق الدائن المعيني ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه تقادماً يسقط الحق المعيني الذي يشتملها ، إذ هذا الحق إنما هو حق تبني لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذي هو تابع له . وبقيامه

ثالثاً - وقد استعان التقنين المدني بنظام الشهر المعروف في القوانين الحديثة ، والذي لم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي كما قدمنا . وبدلاً من أن يلجأ ، كما لجأ الفقه الإسلامي ، إلى إبطال تصرف الوارث الصادر قبل سداد الدين ، أو حتى إلى جعله غير نافذ في حق دائي التركة ، فإنه قد لجأ إلى نظام الشهر هذا . فأوجب شهر حق الدائن وهو حق عيني كما أسلفنا ، فإذا ما شهر هذا الحق صار نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث . وبذلك تم حماية دائي التركة على أسلوب يتفق مع النظم الحديثة في الشهر وهي النظم التي تتلاءم مع مبادئ القانون المصري^(١) ، ويكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة في يد من تصرف له الوارث وحق التقدم على دائي الوارث ، فتوافر لهم الحماية كاملة^(٢) .

هذا الحق العيني على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يقضى بإلغاء إجراءات نزع الملكية التي يتخذها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع المدين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

(١) وقبل قانون الشهر العقاري الذي أخضع حق الوارث للشهر ونظم طريقة لشهر ديون التركة ، لم يكن الشهر لازماً لتتبع دائي التركة في يد المشتري عيناً من أعيانها بأعيانها للوارث . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن حق دائي التركة في تتبع المدين المبيعة منها لا يشترط له ، لكي ينفذ في حق المشتري ، أن يكون الدين مسجلاً أو مشهراً (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١١) .

(٢) وقد قضى بأن التركة ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائي المتوفى ، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائي المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سوء النية ، وإنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (متهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ - الحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

وانظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ وفقرة ١٩٢ .
وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر في تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورقضه المواد ٩٣٨ - ٩٣٨ مراجعات .

وتفصل فيما يلي ما أجملناه من هذه المبادئ ، في حماية حقوق دائني
التركة في القانون المصري .

المبحث الثاني

تنظيم حماية حقوق دائني التركة في القانون المصري

٣٣ - الطريقان اللذان نظمهما القانون - طريقين الاجراءات
الفردية وطريق التصفية الجماعية : وقد نظم القانون طريقين لحماية حقوق
دائني التركة :

(الطريق الأول) طريق الاجراءات الفردية ، وهو الطريق المعتاد
المألوف . وفيه يبدأ الدائنون بشهر حقوقهم بالتأشير بها على هامش
شهر حق الإرث ، على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ثم يستوفي اندائنون
حقوقهم من أموال التركة بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن
لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء
حقه ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على
أموال التركة وهي في يد الورثة (١) ، أو عن طريق تتبعها والحجز عليها

(٧) وهناك قاعدة شرعية تقضي بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقي الورثة في الدعاوى
التي ترفع من التركة أو عليها (م ٢٤١ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) . وقد قضت محكمة
النقض في هذا الصدد بأن هذه القاعدة الشرعية تكون صحيحة لو أن الوارث الواحد كان قد
خاصم أو خوصم في الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً في مواجهته الحكم
على التركة نفسها بكل ما عليها . أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها
سوى تبرئة ذمته من نصيبه في الدين ذلك النصيب المحدد المطلوب منه في الدعوى ، فإن التواضع
أنه يعمل لنفسه فقط في حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط في تلك
الحدود ، لا لمصلحة عموم التركة ككتاب شرعى عنها وقائم في الخصومة مقامها ومقام باقي
الورثة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً
جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٩) . وقضت أيضاً بأن معنى المادة ٢٤١ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية هو أن الوارث الذي لم يظهر في الخصومة يعتبر ممثلاً فيها عن طريق نيابة الوارث
الآخر له ، أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذي يتلقى الحق عنه : إلا أنه مع ذلك لا يعتبر
محكوماً عليه مباشرة ، بل يكون من الغير الذي له حق الطعن بالتعدي ، فلا يجوز الحكم عليه
حجبه ما (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٤ عاماً -

في يد الغير بعد أن يتم شهر حق الدائن . ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين ،
فيما بينهم ، بعد موت المدين ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات

= جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٥٠) . وقضت كذلك بأنه لا يفيد الحكم الصادر بإبطال الوقف
فيما زاد على ثلث التركة لصدوره في مرض موت الواقف سوى الوارث المحكوم له ،
لأنه إنما كان يصل لمصلحته ولم يكن مثلاً لبقية ورثة الواقف . وإن مجرد ثبوت أن الوقف
صدر في مرض موت الواقف في الدعوى التي رفعها هذا الوارث لا يقتضي بطلان الوقف
فيما زاد على ثلث التركة بالنسبة إلى جميع ورثته (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة
وكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ رقم ٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان
كل من الورثة يطالب بتصيبه الخاص في التمريض الذي يستحقه عن مورثه ، وحكم برفض
دعواهم ، فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالباً بإلغاء الحكم له بمقدار نصيبه وحده
في التمريض ، فإن عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية ، لا لمصلحة عموم التركة
كتائب شرعى عنها . ولا يعتبر الحكم الصادر في الاستئناف باستحقاقه لحصة الميراثية
في التمريض قضاء باستحقاق باقي الورثة لأنصبتهم في هذا التمريض (نقض مدني ٦ فبراير
سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٥ ص ١٩٩) . وقضى بأنه إذا كانت بعض
المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض قد أجازت في بعض الأحوال أن ينتصب بعض الورثة
مثلين لبعض الآخر في الخصومات التي تتعلق بالتركة ، فإن هذه الإجازة معناها تمثيل أفراد
معينين للمنازعات الخاصة بحقوق أفراد آخرين وجواز توجيه الخصومة إليهم ، كما يمثل الدائن
مدينه في بعض الدعاوى - وليس معناها عدم الالتفات إلى جنسية هؤلاء الورثة أو محل إقامتهم
الشخصي لتحديد مسائل الاختصاص (الاسكندرية الكلية مستعجل ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١
المحامة ٢٢ رقم ٢٠٣ ص ٤٨٤) .

وانظر أيضاً في الحالات التي يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١٨ فبراير
سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤١ -
٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس
المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٦ -
استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥
ص ٤٤٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٩ -
١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ - ٥ مايو
سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦ - ١٨ ديسمبر سنة
١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٢ -
٣ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٤ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - وفي الحالات
التي لا يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى
لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة ٢
ص ١٠٠٦ رقم ٤٧ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٤ - ٥ مايو
سنة ١٩٥٥ نفس نفس المجموعة ٢ ص ١٠٩٢ رقم ٨٢ - ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام
النقض ٨ ص ٤٩٦ .

الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م ٢/١٠٨٥ مدنى) . ولكن دائنى التركة ، فى هذا الطريق الأول ، يتقدمون على دائنى الورثة الشخصيين ، ويتبعون أعيان التركة فى يد من تصرف له الوارث فيها . فميزة هذا الطريق لا تظهر فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم ، وإنما تظهر فى علاقتهم بدائنى الورثة الشخصيين وبالغير الذى يتصرف له الوارث .

(الطريق الثانى) طريق الإجراءات الجماعية ، وهو طريق التصفية الجماعية للتركة . وسرى فيما يلى أن هذا الطريق طويل معقد ، وهو لا يصلح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طاب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى ، فان لم ير وجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام . ويبدأ الطريق بتعيين مصف للتركة ، ويشهر الأمر الصادر بتعيين المصنف عن طريق القيد ، ويقوم هذا القيد مقام تأشير الدائن بدينه فى الطريق الأول ، وتغل أيدى الورثة عن التصرف فى أموال التركة ، وتصبح حقوق الدائنين نافذة فى حق الغير . ويكون سداد الديون بإجراءات جماعية يتولاها المصنف ، ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه . بل يقوم المصنف فى التركة ، كما يقوم السنديك فى التفليسة ، بمجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها ، ثم يوزع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، تحاص الدائتون وأخذ كل منهم حصة بنسبة حقه ، إلا من كان من الدائنين له حق التقدم قانوناً على غيره كدائن مرتين ، ولا يأخذ الموصى لهم والورثة شيئاً فى هذه الحالة (١) . ونرى من ذلك أن ميزة هذا الطريق الثانى ، طريق الإجراءات الجماعية ، لا تظهر فحسب فى علاقة دائنى التركة بدائنى الورثة الشخصيين

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٢ ص ٢٤٦ .

وبالغير الذي تصرف له الوارث ، بل أيضا - وهذا ما يتميز به عن الطريق الأول طريق الإجراءات الفردية - في علاقة دائني الشركة فيما بينهم ، فلا يسبق أحدهم الآخرين ويتساوون جميعا كما يتساوى دائنو التفليسة .

ونستعرض الآن تفصيلا كلا من الطريقتين سالتى الذكر .

المطلب الأول

طريق الإجراءات الفردية

٣٤ - نص قانونى : تنص المادة ٩١٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم تكن الشركة قد صفت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائني الشركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات الشركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولم يكن فى هذا التقنين نظام لشهر حقوق دائني الشركة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : ١ - إذا لم تكن الشركة قد صفت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائني الشركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم ، أو بما أوصى به إليهم ، على عقارات الشركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير . ٢ - ويسقط حقها هذا بعد انقضاء سنة على فتح الشركة ، ما لم يؤشروا ، بمقتضى أمر على عريضة ، بما لهم من ديون فى سجلات المحكمة المنصوص عليها فى المادة وعلى أن يتم هذا التأشير قبل أن يفقد الغير حقه على العقار . ٣ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصطفى من الأثر ، فى حق الغير الذى تعامل مع الورثة بشأن عقارات الشركة ، ما للتأشير المنصوص عليه فى الفقر السابقة . وفى بنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة بعد أن أضيفت إلى مادة سابقة ، وأدجت الفقرتان الأولى والثانية فى فقرة واحدة ، وأدخل عليها من التعديل ما جعلها مطابقة لتقرير لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٩٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٣ بعد تعديل العبارة الأخيرة منه فصارت «وفقا لأحكام القانون ، وأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٩ - ص ٢٩١) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه إذا لم تتقرر تصفية التركة تصفية جماعية على النحو الذي سنبينه ، لم يكن أمام دائي التركة إلا اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقوقهم على أموال التركة ، كما كانوا يفعلون لو أن المورث مدينهم كان حياً . وقد يقع أن يتصرف الورثة في عقارات التركة بعد شهر حقوقهم في الإرث ، أو يرتبوا على هذه العقارات لصالح الغير حقا عينيا كرهن رسمي أو رهن حيازة ، إذا أن ملكية هذه العقارات قد انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث كما سبق القول . فعلى دائي التركة (وكذلك الموصى لهم إذا أصبحوا دائين للتركة بموجب الوصية ويأتون في الترتيب بعد الدائين) ، إذا أرادوا أن يحتفظوا لأنفسهم بحق تتبع العقارات في أيدي الذين تصرف لهم الورثة ، وبحق التقديم على

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ : ١ - لدائي التركة العاديين والموصى لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة العقارات التي نقلت الورثة ملكيتها لغير أورتبت عليها حقوقاً عينية . ٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين ، فإذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم ، إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير للإضرار بهم . (ويستثنى التقنين العراقي عن شهر حق الدائن بتحديد مدة ثلاث سنوات إذا انقضت كان تصرف الوارث في عقار التركة نافذاً في حقه . ومؤدى ذلك أن من تعامل مع الوارث في عقار للتركة لا يطمئن على تعامله إلا إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على موت المورث ، ويمكن اعتبار هذه المدة مدة إسقاط délai de déchéance يسقط بانتقضها حق رجوع دائي التركة في الرجوع على عقاراتها) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ : التأمين الإجباري هو التأمين الذي يسجل حكماً ، سواء أكان برضا أم بغير رضا صاحب العقار ، وفي الأحوال المعينة فيما يلي . ولا يكون هذا التأمين ألا باسم معين . أما الحقوق والديون التي يعقد التأمين الإجباري لضمانها فهي ... (هـ) حقوق وديون الدائنين أو المدعى لهم بتركة . فالتأمين الإجباري يعقد على عقارات التركة ، ضماناً لفرز التركة عن أموال الوارث . (في القانون اللبناني يضمن حقوق دائي التركة والموصى لهم رهن قانوني يقيد على عقارات التركة) .

الدائنين الذين رتبتم الوثمة على العقارات حقوقا عينية ، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون . والقانون هنا هو قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نص في المادة ١٤ منه على أنه « يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيله الإشهادات أو الأحكام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » (١) . وقد تلى قانون تنظيم الشهر العقاري قانون نظام السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . وهو قانون يعمل به في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل على الوجه الذي سنيته عند استعراض هذا القانون في أثناء الكلام في العقد باعتباره سببا لكسب الملكية . وقد نصت المادة ٣١ من قانون نظام السجل العيني هي أيضا على أنه « يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في صحف السجل العيني المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها . ويجب على الدائن إعلان كل ذي شأن بقيام الدين قبل التأشير به . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه في المادة السابقة (قيد حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيدته قبل هذا التأشير ».

(١) وفي المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، نصت المادة ١٢ من هذا المشروع على نفس ما تنص عليه المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري الحالي ، ولكن المشروع الجديد أضاف فقرة متوسطة بين فقرتي المادة تجرى على الوجه الآتي : « ويجب على الدائن إعلان كل ذي شأن بقيام الدين قبل التأشير به » . وبهذا يتمشى المشروع مع المادة ٣١ من قانون السجل العيني ، المقابلة للمادة ١٤ من قانون الشهر العقاري الحالي .

والغرض من إعلان ذوي الشأن بقيام الدين قبل التأشير به هو تمكينهم في وقت مناسب من العلم بالدين ، فإذا كان لديهم على هذا الدين طعن جدى كان لهم أن يطلبوا إلى قاضى الأمور المستعجلة نحو التأشير (م ١/١٨ من قانون الشهر العقاري) .

فدين التركة يجب إذن شهره ، ويكون ذلك عادة في خلال سنة من شهر حق الإرث . ونبحث في هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يقوم بشهر الدين . (٢) كيف يكون شهر الدين . (٣) حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث . (٤) حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث . (٥) حالة عدم شهر الدين أصلا . (٦) حالة تصرف الوارث في منقول للتركة قبل سداد ديونها .

٣٥- من يقوم بشهر الدين : الذى يقوم بشهر الدين هو دائن التركة نفسه ، فهو صاحب الشأن في ذلك . وكل دائن من الدائنين العاديين للتركة يستطيع أن يقوم بشهر دينه . والدائنون العاديون للتركة هم دائنو المورث ، وهم الذين كانت الذمة المالية لمدينهم المورث ضمانا عاما لحقوقهم ، فاذا مات المدين أصبحت تركته هي الضمان العام لهذه الحقوق . ويدخل أيضا ضمن الدائنين للتركة الموصى لهم الذين يصبحون بموجب الوصية دائنين للتركة ، وهم غير دائني المورث الأصليين لأنهم لم يصبحوا دائنين إلا بموت المورث ، وقد أصبحوا دائنين مباشرة للتركة دون أن يكونوا دائنين للمورث نفسه . والموصى له الذى يصبح دائنا للتركة بموجب الوصية إما أن يكون قد أوصى له بمبلغ من النقود يأخذه من التركة فيصبح دائنا بهذا المبلغ ، أو أن يكون قد أوصى له بعين معينة بالذات في التركة ، عقارا كانت أو منقولا ، فيكون له حق المطالبة بها . وفي الحالتين يجب عليه أن يؤشر بما أوصى له به على هامش شهر حق الإرث ، حتى إذا ما تصرف الوارث في أعيان التركة أو في العقار الموصى به أو رتب عليها حقا عينيا كان للموصى له حق التبع وحق التقدم كسائر دائني التركة . غير أن الموصى له يتأخر عن دائني التركة الأصليين ، ول هؤلاء أن يتقاضوا حقوقهم أولا من أعيان التركة بما في ذلك العين الموصى بها عقارا كانت أو منقولا ، فان بقي شيء أخذ الموصى

له منه ما أوصى له به ، وما يبقى بعد ذلك فهو للورثة (١) .

والدائن الذى يقوم بشهر الدين هو الدائن العادى للمورث . أما الدائن الذى يكفل حقه رهن أو اختصاص أو امتياز على عقار من عقارات المورث وقد قام بقيد هذا التأمين ، وبتجديد القيد فى المواعيد المحددة قانوناً ، فانه ليس فى حاجة إلى التأشير بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث ؛ وذلك أن حقه مكفول بالتأمين العيني الذى حصل عليه فى حياة المورث ، ويستطيع أن يتبع العقار الضامن لحقه وأن يتقدم فيه على سائر الدائنين من غير أن يؤثر بحقه بعد موت المدين . ولكنه مع ذلك قد يرى نفسه فى حاجة إلى هذا التأشير ، إذا هو رأى أن التأمين العيني الذى حصل عليه لم يعد كافياً للوفاء بحقه ، فيكون التأشير مفيداً له حتى يستعمل حق التبع وحق التقدم على عقارات التركة لاستيفاء ما يبقى غير مضمون من حقه .

٣٦- كيف يكون شهر الدين : يكون شهر الدين بطريق التأشير الهامشى ، ويحصل هذا التأشير فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات ، المثبتة لحق الإرث . وسرى فيما يلى أن حق الإرث يجب شهره ، ويقوم الوارث أو أى ذى شأن آخر بهذا الشهر ، ويقدم للشهر السند المثبت لحق الإرث من إعلام وراثه أو حكم أو أى سند آخر . فيجب إذن ، حتى يتم شهر الدين ، أن يكون حق الإرث قد سبق شهره ، وذلك حتى يتمكن الدائن من شهر الدين بالتأشير على هامش تسجيل حق الإرث . فاذا لم يكن حق الإرث قد شهر ، فان شهر الدين يكون غير مستطاع ، ولكن الوارث فى هذه الحالة لا يستطيع التصرف فى أعيان التركة إذ هو لا يستطيع ذلك إلا بعد شهر حق الإرث كما سيبنى :

(١) وإذا كان الموصى به عيناً معينة بالذات ، وكانت فى حدود ثلث التركة ، وبقى فى التركة ما يكتفى لوفاء ديونها ، فإن الموصى له يصبح مالكا لعين الموصى بها بموجب الوصية ، وعلى ذلك يكون له أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا لعين . فإذا كانت العين عقاراً ، وجب عليه أن يسجل الوصية حتى تنتقل إليه ملكية العقار الموصى به ، كما تقضى قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (أنظر مايل فقرة ٨٦) .

ولما كان للدائن مصلحة في شهر حقه ، فقد أجز له ، كواحد من أصحاب الشأن ، أن يقوم هو نفسه بشهر حق الإرث بطريق التسجيل حتى يتمكن من التأشير على هامش التسجيل بسند حقه . فبأن على هذا السند من العبث والضياع ، ولا يبقى في حالة تريبص دائم يوالى البحث المستمر في مختلف مكاتب الشهر التي تقع عقارات التركة في دائرة اختصاصها حتى يعثر على تسجيل لحق الإرث فيؤثر على هامشه بسند حقه . فتجنبنا لهذا الإرهاق يقوم هو بشهر حق الإرث ، ويقوم في الوقت ذاته بالتأشير على هامش تسجيل هذا الحق بسند الدين الذي له ، فيطمئن بذلك إلى المحافظة على حقه . وكل ذلك إذا تراخى الوارث في شهر حق الإرث ، بالرغم من أن له مصلحة في المبادرة إلى شهره حتى يستطيع التصرف في عقارات التركة من جهة ، وحتى تظهر من جهة أخرى الديون العادية التي على المورث عن طريق التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث فيتمكن الوارث من فحصها ومناقشتها ومن الوفاء بها إذا اقتنع بصحتها حتى تتخلص التركة من الديون .

ويجوز شهر الدين بأن يقدم الدائن لمكتب الشهر العقاري الذي تم فيه شهر حق الإرث ، أو لمكاتب الشهر العقاري في حالة تعدد عقارات التركة ، طلبا بالتأشير الهامشي مصحوبا بسند الدين الذي يريد التأشير به وسائر الأوراق المؤيدة لهذا الدين^(١) . فيتم التأشير بناء على هذا الطلب ، وفقا لإجراءات نصت عليها المواد ٣٧-٤٠ من قانون الشهر العقاري وهي النصوص الخاصة بالتأشيرات الهامشية . ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشي تحفظ في مكاتب الشهر ، فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لحقه لحفظه بمكتب الشهر العقاري ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطلوب ، ويعطى الدائن صورة فوتوغرافية من هذا السند . ولكن الدائن قد يكون في حاجة إلى استرداد

(١) فإذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين ، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى على الورثة يطالب فيها التركة بالدين . فإذا تمكن من إثبات الدين في مواجهة الورثة ، وحصل على حكم به ، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤثر به على هامش تسجيل حق الإرث .

أصل السند للمطالبة به وديا أو قضائيا ، ومن ثم نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن ، بالنسبة إلى التأشيرات المنصوص عليها في المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، أن يسترد سند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها » . فعلى الدائن الذى يريد استرداد أصل سند الدين أن يتقدم بطلب بذلك إلى أمين مكتب الشهر ، فيرد له أصل السند . ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كسند من مستندات التأشير الهامشى ، فقد استعاض عنه بصورة فوتوغرافية تستخرج على نفقة الدائن ، ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الفوتوغرافية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه (١) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على أنه يجوز « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محرر التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا » (٢) . فيجوز إذن أن يطلب محرر التأشير الوارث ، أو دائن آخر للتركة ، أو دائن شخصى للوارث ، أو مشتر من الوارث ، أو أى شخص آخر يضره التأشير فيطلب محوه . ويطلب ذو المصلحة محرر التأشير إذا كان الدين المؤشر به مطعونا فيه طعنا جديا ، إما فى وجوده أصلا أو لانقضائه بعد وجوده بأن تقدمت مثلا مخالصة بالدين . والطعن يتم بطريق التقاضى بدعوى مستعجلة يختصم فيها المدعى الدائن العادى ، ويدخل فيها خصما مكتب الشهر ليصدر الحكم فى مواجهته . فاذا تبين لقاضى الأمور المستعجلة أن الطعن الموجه

(١) محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعلاص ٤٣٠

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من قانون السجل العيى على أن « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محرر التأشير المشار إليه فى المادة ٣١ (التأشير بدين فى التركة فى صف السجل العيى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها) ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه جديا » .

لسند الدين هو طعن جدى ، كأن كانت هناك مخالفة عنه يقدمها الوارث أو حكم صدر بىطلان الدين ، أمر بمحو التأشير . ويشهر حكم المحو بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل حق الإرث ، إعلاما للغير بالغاء التأشير بسند الدين . وعلى هذا النحو لا يصبح الوارث أو ذو المصلحة تحت رحمة أى تأشير يقوم به دائن مزعوم ، لا سيما أن التأشير يتم أصلا فى غيبة الورثة ، وليس لدى مكاتب الشهر المعلومات التى تنحوها حق رفض هذا التأشير منذ البداية (١) .

٣٧ - حالة شهر الدين فى مهول سنة من شهر من الإرث : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى تنص على ما يأتى : « ويحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه (تسجيل حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » (٢) . ويخلص من هذا النص أنه إذا قام الدائن بالتأشير بحقه وفقا للإجراءات التى تقدم ذكرها ، فى خلال سنة من شهر حق الإرث ، كان له على عقارات التركة حق التبع وحق التقدم .

أما حق التبع فيتحقق إذا باع الوارث مثلا عقارا من عقارات التركة ، وبجبل المشتري البيع . فإذا لم يستوف الدائن حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتبع العقار المبيع تحت يد المشتري كما كان يتبعه لو أنه كان دائنا مرتها ، فيستوفى حقه منه . وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة

(١) محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعلاص ٤٣١ - هذا وحكم قاضى الأمور المستعجلة بمحو التأشير لا يمنع الدائن من أن يرفع على الورثة دعوى موضوعية بالدين ، فإذا صدر حكم لصالحه جاز له أن يطلب التأشير به على هامش تسجيل حق الإرث .

(٢) انظر أيضا الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون السجل العيني ، وهى تقرر نفس

من تاريخ شهر حق الإرث^(١) . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة يجب عليه أن محتاط ، فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث^(٢) ، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشربدينته حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن محتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، أو أن يجعل الوارث نبي بالدين . فإذا لم يفعل لا هذا ولا ذاك ، عرض نفسه لإجراءات التتبع التي يقوم بها دائن التركة^(٣) . ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهونا رهنا رسميا ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إلى غيره من الحقوق المماثلة إلا بنص في القانون .

(١) إذ يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع في محرر واحد ، أو في محررين يشهران في نفس اليوم ، أو يمرين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بعقد مسجل فترة قصيرة لا يتمكن الدائن المادي خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليبادر إلى شهر سنده . من أجل ذلك أعطى دائن التركة مهلة سنة من وقت شهر حق الإرث ، إذا أشربخلالها بسنده احتفظ بحقه في التتبع وحقه في التقدم ، وذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري - «حماية للدائن من التصرفات التي قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه» .

وقد قصد المشرع ، إلى جانب ذلك ، إظهار جميع الديون العادية على التركة أو المبالغ الموصى بها الغير في ميعاد مناسب ، حده سنة واحدة من تاريخ قيام الوارث بشهر حقه في الإرث (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥) .

(٢) أما قبل شهر حق الإرث ، فقد قلنا أن الوارث لا يستطيع التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أي تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق إرثه .

(٣) وينبى على حق التتبع الثابت لدائن التركة إذا أشربحقه في خلال السنة أمران : (أولاً) إذا أشربالمشتري من المورث الذي لم يسجل عقده ، باعتباره دائناً للتركة ، حقه في خلال السنة ، فإن له يتتبع العقار في يد المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا المشتري الأخير قد سجل عقده قبل أن يسجل عقده المشتري من المورث ، بل وقبل تأشير المشتري من المورث بحقه (الوسيط ٤ ققرة ٢٧١ ص ٤٨٣ - ٤٨٨) . (ثانياً) إذا أشربالموصى له بعقار ، قبل تسجيل الوصية ، بحقه في خلال السنة ، فإن له أن يتتبع العقار . . . المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا قد سجل عقده قبل تسجيل الوصية ، بل وقبل تأشير الموصى له بحقه (إسماعيل غانم ص ١٥١ - حسن كيرة ص ٤٢ - ص ٤٤) .

ولذلك جاز التطهير في حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدني) وفي حقوق الامتياز الواقعة على عقار (م ١/١١٣٤ مدني) لوجود هذا النص ، ولم يجز في الرهن الحيازي لانعدامه^(١) .

وأما حق التقدم فيتحقق إذا رتب الوارث رهنا مثلا على عقار من عقارات الشركة ، وقيد الدائن المرتهن الرهن . فإذا لم يستوف الدائن حقه من أعيان الشركة الأخرى ، فإن له أن يستوفيه من العقار المرهون ، متقدما في استيفائه لحقه على الدائن المرتهن . وذلك حتى لو كان الرهن قد قيد قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث . وعلى ذلك يجب على من يرتهن من الوارث عقارا من عقارات الشركة أن يربص سنة من وقت شهر حق الإرث قبل أن يقدم على ارتهاق العقار ، فإذا رأى أن دائئا للشركة قد أشر بحقه في خلال هذه السنة ، علم أن هذا الدائن يتقدم عليه في العقار المرهون بالرغم من أنه قد قيد الرهن قبل أن يوشر دائن الشركة بحقه .

وإذا كان هناك دائنان للشركة أشر كل منهما بحقه في هامش تسجيل حق الإرث ، وسبق أحدهما الآخر في هذا التأشير ، فإنه لا يتقدم عليه في استيفاء حقه من عقارات الشركة . ذلك أن الأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائني الشركة ، فلا يتقدم أحدهم على الآخر لجرد أنه أشر بحقه قبله . ولكن الدائن الذي أشر بحقه في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير وأن يتقدم فيه على دائن مرتهن من الوارث قيد رهنه قبل التأشير ، ولا يستطيع هذا التبع ولا هذا التقدم الدائن الذي لم يوشر بحقه في خلال السنة^(٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤

ص ٧٣٩ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٧ هامش ٢ - محمد كامل مرسى في الحقوق المدنية

الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٨٣ ص ٦١٥ وفي مقال له في الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية الشركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ - عبد المنعم

فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ .

٣٨ - حالة شهرز الدين بعد انقضاء ستة من شهر هو الإرث :
أما إذا تراخى الدائن في التأشير بحقه ، ولم يجر هذا التأشير إلا بعد انقضاء
سنة من وقت تسجيل حق الإرث ، فإن هذا التأشير المتأخر لا يكون
مع ذلك عديم القيمة ، فقد نصت المادة ١٤/٢ من قانون الشهر العقاري
كما رأينا على أن "يحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله" (١) :

وعلى ذلك إذا باع الوارث عقاراً في الشركة وسجل المشتري عقد
البيع ، وبعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أشر دائن الشركة بحقه ،
فإن هذا الدائن لا يكون له حق تتبع العقار المبيع إذا كان المشتري قد
سجل عقد البيع قبل أن يوثق الدائن بحقه ، سواء حصل البيع قبل انقضاء
سنة من تسجيل حق الإرث أو بعد انقضائها . ذلك لأن التأشير الذي
أجراه دائن الشركة بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث لا يحتج به
إلا من تاريخ حصوله ، وقد حصل بعد أن سجل المشتري من الوارث
عقد البيع ، فلا يحتج بالتأشير إذن على المشتري ، ولا يكون لدائن
الشركة حق تتبع العقار المبيع (٢) . أما إذا كان المشتري من الوارث
قد سجل البيع بعد أن أشر الدائن بحقه ، سواء حصل البيع بعد التأشير
أو قبله ، فإن التأشير بالدين يكون سابقاً على تسجيل البيع ، ويكون
لدائن الشركة حق تتبع العقار بالرغم من أنه لم يوثق بحقه إلا بعد انقضاء
سنة من تسجيل حق الإرث ، ما دام تأشيرته بحقه قد سبق تسجيل البيع .

كذلك إذا أشر الدائن بحقه بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ،
ورهن الوارث عقاراً في الشركة وقيد الدائن المرهن الرهن قبل تأشير

(١) أنظر أيضاً المادة ٣١/٢ من قانون السجل العيني .

(٢) وذلك ما لم يكن المشتري سوء النية متواطئاً مع الوارث ، بحيث يجوز للدائن أن
يطعن في البيع بالدعوى البولصية (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩) . وإذا باع المورث
عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن
المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تل
تسجيل حق الإرث أو أشر بحقه باعتباره دائناً للشركة في خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشتري
من الوارث عقده قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر بحقه بعد انقضاء
السنة ، فالمبرة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التسجيل أو التأشير
(الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ هامش ٢ - وانظر آنفاً ص ٢٢ هامش ٣) .

الدائن بحقه ، فان الدائن المرتهن يتقدم على دائن التركة لأن قيد الرهن سبق التأشير بحق الدائن . أما إذا سبق التأشير قيد الرهن ، فان دائن التركة يتقدم على الدائن المرتهن .

وفي جميع الأحوال يجوز لدائن التركة ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار أو التقدم فيه ، أن يستوفى حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث . كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد باع العقار أو رهنه غشا وإضراراً بحقوق دائن التركة ، ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية^(١) .

٣٩ - مازعهرم شهر الربيع أصغر : هنا يجب التمييز بين فرة ين :

(الفرض الأول) ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه : وفي هذا الفرض لا يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، « وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف من الوارث في حق من هذه الحقوق » (م ١/١٣ من قانون الشهر العقارى وم ١/٣٠ من قانون السجل العيني) . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يبيع عقارا من عقارات التركة ، أو يرتب عليه رهنا . ومن ثم تبقى عقارات التركة في ملك الوارث خالصة من أى حق عيني يرتبه عليها ، وعملة بديون التركة كما لو كانت مرهونة في هذه الديون ، فيستطيع دائن التركة إذن ، بالرغم من علم شهره لحقه ، أن ينفذ على هذه العقارات دون أن يعترضه في ذلك حق للغير . وليس لدائن الوارث أن ينفذوا على عقارات التركة ، قبل أن يستوفى دائنوا التركة حقوقهم منها .

وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى تأييدا لما قدمناه : « أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه . والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث ، إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته : : : فاذا أهل الوارث

(١) انظر الوسيط : فقرة ١٩٣ ص ٢٤٩ .

شهر حقه ، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقاءه محميا بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها ، كما لو كانت مرهونة بها .

(الفرض الثاني) أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه : ونحن نفرض أن الدائن لم يشهر حقه ، وذلك بالرغم من شهر الوارث لحق الإرث . ومن ثم يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، كأن يبيعها وأن يرهنها ، وتكون هذه التصرفات جميعها نافذة في حق دائن التركة لأنه لم يشهر حقه . فلا يستطيع الدائن أن يتبع العقار المبيع في يد المشتري ، ولا أن يتقدم على الدائن الذي ارتهن عقارا من الوارث في هذا العقار بل يتقدم هذا الدائن عليه . ولكن ما يبقى في يد الوارث من عقارات التركة دون تصرف يكون محملا بحقوق دائن التركة ، فيستطيع الدائن أن ينفذ على هذه العقارات بحقه دون أن يعترضه في ذلك حق للغير . وليس للدائنين العاديين للورثة أن ينفذوا على هذه العقارات قبل أن يستوفى دائنو التركة حقوقهم منها .

وتأييدا لما قدمناه نقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري : « وللدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أي بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة ومجبل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ولم يوثق الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق للغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن ، فللدائن الذي لم يوثق بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن » .

٤٠ - ماله تصرف الوارث في منقول التركة قبل سراد ديونها :

وما قدمناه من تأشير دائن التركة بحقوقهم تأشيراً هامشياً إنما يتعلق بعقارات التركة ، ولا شأن له بمنقولاتها . فالمنقول في التركة لا يحكمه نظام تسجيل

حق الإرث ولا تأشير دائن التركة بحقه ، وإنما تحكمه القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

فسواء سجل الوارث حق الإرث أو لم يسجل ، وسواء أشر دائنو التركة بحقوقهم أو لم يؤثروا ، وبالرغم من تعلق ديون التركة بمنقولاتها كتعلقها بعقاراتها ، فإنه إذا باع الوارث منقولا في التركة قبل سداد ديونها ، وتسلم المشتري المنقول وهو حسن النية أى لا يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فقد ملك المنقول خاليا من حقوق دائني التركة . ولا يستطيع دائن التركة أن يتبعه في يده ، وليس للدائن إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث . فإن لم يجد شيئا يستوفى منه حقه ، رجع بضمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيء النية أى كان يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد .

أما إذا كان المشتري للمنقول سيء النية ، أى كان يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فإنه يجوز للدائن التركة أن يتبع هذا المنقول في يد المشتري وأن يستوفى حقه منه . وهذا لا يخل بحقه في الرجوع على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث ، على النحو الذى قدمناه (١) .

المطلب الثانى

طريق الإجراءات الجماعية

٤١ - التصفية الجماعية للتركة أمر اختياري وهو على كل حال أمر

استثنائي : الأصل في تسوية ديون التركة أن تكون بإجراءات فردية ، على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٢٤٩ - ص ٣٥٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ - وانظر تطبيق أحكام القانون المدني دون أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ ص ٧٤٤ هامش ٢ - حسن كيرة ص ٤١ . وانظر عكس ذلك على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٢١٧ .

جماعية ، أى التصفية الجماعية للتركة ، فهذا أمر اختياري ، بل هو أمر استثنائي لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة . ذلك أن نظام التصفية الجماعية ينطوي على إجراءات طويلة ، ويقتضى تكاليف كبيرة ، فلا يصح أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل الشركات . بل هو ليس بنظام اختياري ، بمعنى أنه يجوز لنوى الشأن أن يطبقوه متى شاموا . وإنما هو نظام وضع لتصفية الشركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعدت رؤسها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه الشركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المقى :
« وتصفية التركة من طريق تعيين مصف لها أمر اختياري لنوى الشأن وللقاضى . فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد . وللقاضى أن يجيب الطلب ، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة ، إما لانعدام الديون ، أو لتفاهتها ، أو لتفاهة التركة نفسها » (٢) .

٤٢ - معنى أنه تصفية التركة هى تصفية جماعية : وتبين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية ، فتقول : « ومعنى ذلك أن المصنى وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيها . فترفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية حتى تتم التصفية . وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ،

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٢ ص ٣٥٠ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ .

وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بالألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى ، ويستطيع الورثة أن يتصرفوا فى هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للتركة ينازعه ، فيستقر بذلك التعامل فى الأموال الموروثة . . . ويستخلص مما تقدم أن الإجراءات التى نظمها المشروع تكفل حماية المصالح المختلفة .
فهى تكفل حماية مصلحة الورثة ، فكثيرا ما يختلفون على تصفية التركة أو يهملون فى ذلك ، ويترتب على اختلافهم أو إهمالهم أكبر الضرر ، أما بعد وجود إجراءات منظمة للتصفية فقد امتنع الخلاف أو الإهمال .
وهى تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة ، يجعلهم يطمثون إلى هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون . وهى تكفل حماية مصلحة دائنى التركة بجعل التصفية جماعية ، لا يفضل فيها دائن على آخر دون مرر قانونى . هذا إلى أن السبيل قد مهد للوارث إذا أراد إفراز حصته فى الميراث ، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبل موته ، وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة (١) .

٤٣ - مراحل التصفية الجماعية للتركة : ويمكن تقسيم إجراءات التصفية الجماعية للتركة إلى مراحل أربع : (١) تعيين مصف للتركة .
(٢) جرد التركة بما لها وما عليها . (٣) تسوية ديون التركة . (٤) تسليم أموال التركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال بينهم عند الاقتضاء (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٣ - وانظر فى أوجه الخلاف بين الإفلاس التجارى وتصفية التركة تصفية جماعية محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩٠ .
(٢) وهذه الإجراءات لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فيها . ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال . وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية ، ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على اتباع أحكامه فيها ، وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها ، بل تنظم الإجراءات التى يحصل فيها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون . ولا يغير =

§ ١ - المرسوم الأولي - تعيين مصنف للتركة

٤٤ - نصوص قانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدني

على ما يأتي :

« وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وتنص المادة ٨٧٦ مدني على ما يأتي :

« إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصنف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصنف ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

وتنص المادة ٨٧٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - لمن عين مصفيا أن يرفض تولي هذه المهمة ، أو أن يتحى عنها بعد توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة » .

« ٢ - وللقاضى أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوي الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنف واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » .

وتنص المادة ٨٧٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين » .

« ٢ - ويسرى على وصي التركة ما يسرى على المصنف من أحكام » .

- من هذا النظر ما أوردته المواج ٩٣٩ ، ٩٤٠ ، ٩٤٧ وما يملأ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان « في تصفية التركات » ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التي تستلزمها قواعد الإرث في بعض القوانين الأجنبية (نقض مدني ١٦ ماي سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

وتنص المادة ٨٧٩ مدني على ما يلي .

١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبتثبيت أوصياء الشركة ، في سجل عام تلون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصلح بالغزل وبكل ما يقع من تنازل .

٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف من الأثر على حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات الشركة ما للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤ (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٧٥/٢ : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

م ٨٧٦ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع في دائرته آخر موطن للمورث » بدلا من عبارة « عينت المحكمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عينت المحكمة » بعبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع في دائرته آخر موطن للمورث » ، ، وذلك « لأن قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » . واقترح أحد أعضاء اللجنة أن يضمن النص حكماً يسمح للقاضى بالخروج على إجماع الورثة على اختيار المصنف إذا وجد أن هذا الإجماع على باطل كما إذا كان ضاراً بمصلحة الدائنين ، فلم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، وأقرت المادة بالتعديل المقدم ذكره تحت رقم ٨٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٨ - ص ٢١٠) .

م ٨٧٧ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « أو النيابة العامة » في الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو النيابة العامة » إلى الفقرة الثانية ، « وهذا أصبحت النيابة من ذوى الشأن في طلب عزل المصنف أو استبداله ، وقد روعى في التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسية في أحكامه » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، إذ لم يكن هذا التقنين يعرف نظام التصفية الجماعية للتركة .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٨٣٦ - ٨٤٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

وتقتضى هذه النصوص بحث المسائل الآتية : (١) كيف يعين المصنف . (٢) قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصنف . (٣) كيف تنتهى مهمة المصنف

٤٥- كيف يعين المصنف : يجب التمييز هنا بين فرضين : فإما أن يكون المورث قد عين وصياً للتركة حال حياته ، أو ألا يكون قد فعل ذلك .

م ٨٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة » في آخر الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وذلك فيما لا يتعارض إلخ » من نهاية الفقرة الثانية ، لأنها من قبيل التزيد ، وهى بعد قد نوحى بأن للمورث أن يختار وصياً لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لحسن الإدارة وتحد رقابة القاضى بالنسبة إليه . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٢ - ص ٢١٤) .

م ٨٧٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣١١ من المشروع التمهيدى ، وقد اقتصر هذا المشروع على الفقرة الأولى دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بمض تعديلات لفظية وأضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٩٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٨٣٦ - ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

١ - فإذا كان المورث قد عين وصيا للتركة ، فإن المادة ٨٧٨/١ مدني تقضي ، كما رأينا ، بأنه يجب « أن يقر القاضي هذا التعيين » (١) . ويبدو أنه في حالة تعيين وصي للتركة يتعين على القاضي أن يقرر تصفية التركة تصفية جماعية ، إذ أن هذه هي إرادة المورث بدت من تعيينه وصيا للتركة ، ولا يجوز لا للورثة ولا للدائنين أن يعارضوا في ذلك (٢) . ومتى تقرر تسمية التركة تصفية جماعية ، فإنه يتعين على القاضي أيضا أن يثبت الوصي الذي عينه المورث ويعتبر أنه هو المصني للتركة . ولا يجوز له أن يستبدل به ابتداء شخصاً آخر ، وإن كان يجوز له أن يعزله كما سنرى . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٨ مدني كما رأينا :

« ويسرى على وصي التركة ما يسرى على المصني من أحكام » . وعلى ذلك يكون لو وصى التركة جميع سلطات المصني ، وعليه جميع التزاماته . فللوصي ، كما للمصني ، أن يرفض تولي المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وله أن يطلب أجراً عادلاً على قيامه بمهمته . وعليه جميع واجبات المصني من تسليم أموال التركة وإدارتها ، واتخاذ جميع الاحتياطات المستعجلة بما في ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة ، وجرد التركة بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وتسوية ديون التركة ، وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون ، وهي شائعة أو بعد تقسيمها . ويجوز للقاضي عزل وصي التركة واستبدال غيره به متى وجدت أسباب تبرر ذلك ، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى المصني .

والقاضي المختص بتثبيت وصي التركة وبعزله ، وكذلك بتعيين مصني التركة وبعزله ، وبوجه عام ينظر جميع المسائل المتعلقة بتصفية التركة تصفية جماعية ، كان ، في المشروع التمهيدي للمادة ٨٧٦ مدني ، القاضي الحزني الذي يقع في دائرته آخر موطن للمورث . ولكن لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عين المحكمة » بعبارة « عين القاضي

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر في تعيين مديري التركات وتثبيت منفذ الوصايا أو تعيينهم المواد ٩٣٩ - ٩٤٦ مرافعات .

(٢) حن كيرة ص ٥٤ - ص ٤٦ .

الجزئي الذي يقع في دائرته آخر موطن للمورث ، ، وقالت في تقرير هذا التعديل إن « قانون المرافعات هو الذي يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان ، ، وأقر مجلس الشيوخ هذا التعديل (١) . ولما كان تقنين المرافعات لا يشتمل على نص خاص لمعين المحكمة المختصة بتصفية التركات تصفية جماعية ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة في هذا التقنين . ويبدو أنه فيما يتعلق بالاختصاص النوعي تكون المحكمة الابتدائية هي المختصة ، إذ أن المادة ٥١/١ مرافعات تقضي بأن تختص المحكمة الابتدائية بالحكم في جميع الدعاوى التي ليست من اختصاص القاضي الجزئي . ولم يذكر تقنين المرافعات تصفية التركات ضمن الأمور التي يختص بها القاضي الجزئي ، فتكون إذن من اختصاص المحكمة الابتدائية ، إلا إذا كانت قيمة التركة لا تتجاوز مائتين وخمسين جنيتها نصاب القاضي الجزئي ولكن التركات التي لا تتجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيتها لا تصنف تصفية جماعية لتفاهة قيمتها . وفيما يتعلق بالاختصاص المحلي قد نصت المادة ٥٩ مرافعات على أن « الدعاوى المتعلقة بالتركات التي يرفعها الدائن قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة ، وكذلك الدعاوى التي يرفعها بعض الورثة على بعض قبل القسمة » . وإذا كانت تصفية التركة لا تدخل في نطاق حرفية هذه المادة ، إلا أنه يؤخذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر في المسائل المتعلقة بالتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هي المحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة . وعلى ذلك يمكن القول بأن المحكمة المختصة بنظر تصفية التركة تصفية جماعية هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة ، أي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث . وقد نصت المادة ٩٤٧ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، فعلا على اختصاص هذه المحكمة إذ قالت : « تختص المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها آخر موطن للمورث بتعيين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤ في الماش .

مصف للتركة وعزله واستبدال غيره به ، وبالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية . ونصت المادة ٩٤٨ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، على أنه « فيما عدا الأحوال التي يختص بها قاضي الأمور الوقفية يرفع الطلب ويفصل فيه وفقا للأحكام والإجراءات والمواعيد المعتادة في الدعاوى » .

ب - وإذا لم يكن المورث قد عين وصيا لتركته ، فهنا يتسع مجال التقدير للمحكمة (١) . فهي تقدر أولا ما إذا كان هناك محل لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية ، ولا تقرر ذلك إلا إذا طلب إليها أحد ذوى الشأن تعيين مصف للتركة . وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون . فإذا طلب أحد من هؤلاء ، في صورة دعوى يرفعها بالأوضاع المعتادة ، تعيين مصف للتركة ، فالمحكمة غير ملزمة بإجابته إلى طلبه ، بل تقدر ما إذا كان هناك مبرر لتصفية التركة تصفية جماعية . فقد قدمنا أن هذه التصفية إنما هي نظام استثنائي وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون ، وللقاضي أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير النفقات إذا رأى أن التركة ليست في حاجة إليه ، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها (٢) . والمحكمة تقدر ثانيا ، إذا قررت إجابة ذوى الشأن إلى طلب التصفية الجماعية ، من يكون المصفي للتركة ، إذ هي التي تعينه . وهي غير ملزمة برأى أحد في ذلك ، إلا إذا أجمعت الورثة على اختيار شخص معين ، سواء كان وارثا أو غير وارث . فعند ذلك تتقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على اختياره . ولا تستطيع العدول عنه إلى غيره ولو عارض في اختياره الدائنون أو الموصى لهم (٣) . فإذا لم تجمع الورثة على اختيار

(١) وهي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث كما سبق القول (أنظر آنفا ص ١٢٤) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤١ .

(٣) أنظر مآدار من الملائمة في هذا الشأن في لجنة مجلس الشيوخ في صدد المادة ٨٧٦

مدني آنفا ص ١٢١ مامش ١ .

أحد ، عينت المحكمة بنفسها المصنف ، ويكون من الورثة بقدر المستطاع ، وذلك بعد أخذ رأى الورثة (م ٨٧٦ مدنى سالفه الذكر) . ولا تنقيد المحكمة فى اختيار المصنف بأغلبية الورثة ، فإذا اختارت الأغلبية شخصا واختارت الأقلية شخصا آخر ، كان للمحكمة أن تعين الشخص الذى اختارته الأغلبية أو الشخص الذى اختارته الأقلية ، أو تختار شخصا آخر غيرهما بحسب تقديرها ، إذ هى لا تنقيد كما قدمنا إلا بالشخص الذى أجمعت على اختياره الورثة .

والمصنف هو فى حكم الوكيل عن الورثة ، وهو نائب عنهم نيابة قانونية . وتسرى عليه أحكام الوكالة (١) ، فيجوز له أن يرفض تولى المهمة ، سواء كان مصنفيا أجمعت على اختياره الورثة أو مصنفيا اختارته المحكمة أو وصيا للتركة عينة المورث حال حياته . فإذا رفض تولى المهمة ، كان على المحكمة تعيين مصنف للتركة بدلا منه ، بنفس الطريقة التى سبق بيانها .

٤٦- قير الاوامر الصادرة بتعيين المصنفين - نصوصى قانونية :

وقد رأينا أن المادة ٨٧٩ مدنى تقضى بأن « على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين ، وبثبيت أوصياء التركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالغزل وبكل ما يقع من تنازل » . وقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة ، وبثبيت الوصى إذا عين المورث وصيا للتركة قبل موته ، مسألة هامة إذ ترتب عليها نتائج خطيرة كما سنرى . لذلك يجب أن يكون القيد فى اليوم نفسه الذى يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالثبيت .

(١) ومنها إذا تعدد المصفون ، ولم يرخص لهم فى الانفراد بالعمل ، كان عليهم طبقاً للمادة ٧٠٧ مدنى أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل بما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى . واختصاصهم فى دعوى الشفعة ، إذا باعوا أطياناً شفع فيها ، هو بما يلزم منه تبادل الرأى فيما بينهم ، فوجب اختصاصهم جميعاً ، ولا ينشأ اختصاص مصنف عن اختصاص الآخرين (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

ويعد كاتب المحكمة لهذا القيد سجلاً عاماً ، تقيد فيه أسماء المورثين بحسب الترتيب الأبجدي . فيستهل العنود على اسم المورث المطلوب عند البحث عنه . فإذا صدر أمر بتعيين مصنف أو بتثبيت وصي للتركة . عمد كاتب المحكمة في يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر . ويتضمن طبعاً اسم المصنف أو الوصي أمام اسم المورث . فيستطاع دائن التركة مثلاً ، إذا علم أن مدينه قد مات ، أن يعرف ما إذا كان قد تقررت تصفية تركته تصفية جماعية . وذلك بأن يبحث في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي يدخل في دائرتها آخر موطن لهذا المدين ، وفي السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين ، وأمام اسم المدين (المورث) المدون في السجل بحسب الترتيب الأبجدي ، ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصنف للتركة . فإذا كان قد صدر هذا الأمر ، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدوناً في السجل ، ويجد أمام هذا الاسم الأمر الصادر بتعيين المصنف مقيداً (١) . ويجب أيضاً على كاتب المحكمة أن يؤشر في هامش السجل ، بجانب كل أمر صادر بتعيين مصنف للتركة ، كل أمر يصدر بعزل هذا المصنف أو ما يقع منه من تنازل أو تنح عن مهمته ، ثم يقيد أمام اسم المورث دائماً الأمر الصادر بتعيين المصنف الجديد الذي حل محل المصنف السابق . وبذلك يتمكن كل من يطالع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة إلى تركة معينة . ما إذا كانت هذه التركة قد تقررت تصفيتها تصفية جماعية ، ومن هو

(١) وقد اقترح أن يتم شهر الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبثبيت أوصياء التركة في نفس السجلات المختصة لشهر حقوق الإرث في مكاتب الشهر العقاري ، لا في قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية ، وذلك حتى لا تتعدد جهات الشهر . فيكون على كاتب المحكمة أن يبلغ يوماً فيوماً هذه الأوامر للتأشير بها في حاشي تسجيل حق الإرث إذا كان قد سجل . أو لتسجيلها إذا لم يكن قد تم تسجيل حق الإرث (أنظر محمد علي عرفة ٢ فترة ٢٨٨ ص ٦٢٠ - وفي بحثه في الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية التركات بمجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٣٢) - وإذا كانت هذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات الشهر في مسائل التركات ، إلا أنها من جهة أخرى تقتضي أن يتم شهر أمراً تعيين المصنف في مكاتب الشهر تزداد بتعدد عقارات التركة ، إذا كانت هذه العقارات تقع في دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد .

المصنى الذى عين للقيام بهذه التصفية ، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو كان قد تنحى .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٩ مدنى كما رأينا : « ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات الشركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ » . والتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ مدنى هو تأشير دائن الشركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث . وقد رأينا أن هذا التأشير يغفل يد الورثة عن التصرف فى أموال الشركة . وعلى ذلك يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أثران هامين :

(أولا .) لا يجوز للوارث ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى إلى أن يتسلم شهادة التوريث التى تعطى له بعد تسوية الديون وسيأتى بيانها فيما يلى ، أن يتصرف فى أموال الشركة أو أن يستوفى ما للشركة من ديون . وتنص المادة ٨٨٤ فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ : أن يتصرف فى مال الشركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للشركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للشركة » (١) . ذلك أنه من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية ، وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة إلى الورثة كما نرى هنا ، وبالنسبة إلى دائنى الشركة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٥ فى المشروع النباى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ومقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية البنائى لا مقابل .

كما سيجيء . فبالنسبة إلى الورثة . تزل أيديهم عن التصرف في أموال
التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات ، وعن قبض الديون
التي للتركة ، وعن إجراء المقاصة في دين عليه بدين للتركة على دأته
وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين
المصني (١) . وشأن التركة التي تصني تصفية جماعية هو شأن أموال المجلس
التي تصني تصفية جماعية ، وشأن المصني هو شأن سنديك التفليسة . وكما
تغل يد المفلس عن التصرف في أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف
في أموال التركة ، وكما يكون للسنديك وحده حق التصرف في أموال
المفلس كذلك يكون للمصني وحده حق التصرف في أموال التركة .

ولا ضير في ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصني وقد يكونون هم
الذين اختاروه ، ولا على من قد يتعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون
قبل التعامل أن يبحثوا في سجلات المحكمة الابتدائية فيعثروا على الأمر
الصادر بتعيين المصني مقيدا فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل في أموال
التركة ، ولا على المدينين للتركة فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة
بطريق مباشر ، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاصا في حق
لم على الورثة (٢) ، يستطيعون هم أيضا أن يعثروا في سجلات المحكمة
الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصني فيعلموا أن الوفاء بالديون
يجب أن يكون للمصني دون الورثة (٣) . ويحسن بمصني التركة أن يبادر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من
القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ، مادامت التصفية قائمة (نقض
ملف ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩٦) .

(٢) وكذلك لا يجوز لدائن التركة أن يحمل دينه على التركة قصاصا في دين عليه للوارث ،
لأن دائن التركة لا يستوفى حقه إلا من أموال التركة ولا يجوز له أن يستوفيه من أموال
الوارث الخاصة (إسماعيل غانم ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الورثة فلا يجوز
لأحد منهم أن يتصرف في مال التركة قبل أن تسلم له شهادة التوريث ، أي بعد تصفية الديون .
وهذه المسألة الأساسية في إجراءات التصفية هي التي تحقق المبدأ القاضي بآلا تركة إلا بعد
سداد الدين تحقيقاً عملياً . وكما يمنع الوارث من التصرف ، يمنع كذلك من استيفاء مال التركة
من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، كأن يحمل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة ، لأن
المصني هو وحده الذي تصيح له صفة القبض في حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها ،
ولأن قبض الوارث لحق في التركة يشبه أن يكون تصرفاً في هذا الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٢٢٨) .

منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث في مكاتب الشهر التي تقع في دوائرها عقارات الشركة ، وبذلك يستحث دائني الشركة أن يؤثروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل ، فيتمكن من معرفة الديون العادية التي على الشركة مما يساعده على تسوية هذه الديون . وبذلك أيضا يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذي يهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل : ضرب قيد الأمر بتعيين المصني في سجلات المحكمة ، وطريق تأشير دائني الشركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري (١) .

(ثانياً) لا يجوز لدائني الشركة ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصني ، أن يتخذوا أي إجراء فردي على أموال الشركة . فقد بدأت الصفة الجماعية للتصفية من وقت قيد هذا الأمر كما قدمنا ، فيجب أن تكون إجراءات دائني الشركة إجراءات جماعية ، وفي مواجهة المصني

(١) ويقول الدكتور محمود شوقي في هذا المعنى : « ونرى أن من أهم واجبات المصني للشركة ، سواء كان من بين الورثة أو من الغير ، أن يقوم بشهر حق الإرث ، حتى يمكن بما يتخذه من إجراءات أمام المحكمة ، وما يتضح له من تأشيرات في مكاتب الشهر المختصة ، أن يؤدي وظيفته وهي التصفية على أكمل وجه » (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٤٢٨) .

وقد يتم شهر الإرث قبل تعيين المصني ، فأى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصني في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً في حق دائني الشركة ، ولهؤلاء لا للمصني أن يتبعوا العقار المبيع في يد المشتري . ويتبع الدائنون العقار في يد المشتري بالرغم من فتح التصفية الجماعية وقيام المصني بالعمل دون الورثة والدائنين ، إذا وقع أن هذه التصفية لم تسر إلى غايتها واتفق ذور الشأن جميعاً على عدم المضي فيها (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٥ ص ٧٤٣ هامش ١) . أما إذا قيد الأمر بتعيين المصني بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث دون أن يؤشر دائن الشركة بحقه في هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة ، فالعبرة بالأسبقية في الشهر . وكذلك للمصني تتبع منقولات الشركة التي يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية . بل إن الوارث إذا تصرف غشاً في شيء من مال الشركة الخاصة لنظام التصفية ، عوقب بمقربة التهديد كما سنرى (أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص ٢٥١) .

لا في مواجهة الورثة . وتنص المادة ٨٨٣ مبنى في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة . كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أى إجراء اتخذوه ، إلا في مواجهة المصنف . ٢ - وكل توزيع فتح ضد المورث . ولم تقفل قائمته النهائية ، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن « (١) . فكل إجراء فردى يتخذه أحد دائنى التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف يكون باطلا ، إذ يجب كما قدمنا بعد قيد هذا الأمر أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفي مواجهة المصنف . فالمصنف هو الذى يفحص الديون التى لهم ، ويحصيها ، ويقوم بسدادها . فإذا كانت التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كاملا ، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له ، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين ، وهذه هى فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين . وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانونا كأن كان دائنا مرتبها أو له حق امتياز ، استوفى حقه من المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين . ويلاحظ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى إجميد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى كانت تنهى بالعبارة الآتية « وكذلك لا يجوز الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة بالتركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٥٤ في المشروع الثانى ، بعد حذف هذه العبارة لعدم الحاجة إليها إذ لا يجوز بعد موت المدين أخذ حق اختصاص على عقارات التركة (م ١٠٨٥ / ٢ مدنى) . ثم وافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٥٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

في هذا الصدد أنه لا يجوز لأى من دائنى التركة ، بعد موت المدين ، أن يأخذ حق اختصاص على عقار فى التركة (م ١٠٨٥ / ٢ مدنى) ، فإنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم . فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أخذ فى حياة المدين . وإذا اتخذ أحد دائنى التركة إجراء فرديا على مال المدين قبل موته ، بأن حجز مثلا على ماله ، فبموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى يجب وقف هذا الإجراء الفردى ، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا فى مواجهة المصنى ، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعى ، ويتخاص الدائن مع سائر دائنى التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقدم بسبب موجود قبل موت المدين كما سبق القول . ولكن إذا كان الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية ، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه إلى نهايته ، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هى ، وحصول كل دائن على ما خصص له فى هذه القائمة . أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تقفل قبل قيد الأمر بتعيين المصنى ، فإنه يجب وقفها بناء على طلب المصنى أو بناء على طلب أى من ذوى الشأن كوارث أو دائن . وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعا فتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « أما دائنو التركة فلا يستطيعون اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً . بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصنى باعتباره وكيلًا عن الورثة . وكل توزيع فتح ضد الميراث حال حياته ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة . ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار حرمان الدائنين من أخذ حقوق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر . ويلاحظ فى هذا الصدد أن حق الاختصاص ، بعد أن حرم فى حالتى الإعسار والموت ، فأصبح لا يجوز -

٤٧ - كيف تنهى مهمة المصفي : ومهمة المصفي تنهى في الأصل

بإنهاء التصفية . ولكنها قد تنهى قبل انتهاء التصفية بأحد أمور ثلاثة :
بالتنحي أو بالموت أو بالعزل .

أما إنهاؤها بالتنحي فلأن المصفي في حكم الوكيل ، والوكيل أن يتنحي عن الوكالة . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧٧ مدني في هذا المعنى كما رأينا : « لمن عين مصفيا أن يرفض تولي هذه المهمة ، أو أن يتنحي عنها بعد توليها طبقا لأحكام الوكالة » . ومن أحكام الوكالة في تنحي الوكيل ما تنص عليه المادة ١/٧١٦ مدني من أنه : يجوز للوكيل أن يتزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف لذلك ، ويتم التنازل باعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » . ويبدو أن المصفي إذا أراد أن يتنحي عن مهمته ، يجب أن يبلغ تنحيه للمحكمة التي عينته ، ولو كان الورثة هم الذين اختاروه بالإجماع ، أو كان وصيا للتركة عينه المورث قبل موته وثبته المحكمة . ومن أحكام التنحي عن الوكالة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧١٧ مدني من أنه « على أي وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تعرض معها للتلف » .

وقد تنهى مهمة المصفي بموته قبل انتهاء التصفية ، إذ هو في حكم الوكيل كما قدمنا ، والوكالة تنهى بموت الوكيل (م ٧١٤ مدني) . وتنص المادة ٢/٧١٧ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ،

«أخذه إلا في حياة المدين المورس ، لم يعد يترتب عليه ضرر ، وبقيت فائدته الرئيسية من أن الدائن يطمئن إلى ضمان حقه في المستقبل إذ المدين حي ويجوز أن يتصرف في ماله . أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الاختصاص ، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة معسرة فلا معنى لتقدم دائن على آخر ، أو موسرة فلا فائدة من أخذ الاختصاص بعد أن امتنع تصرف المدين في ماله بعد موته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨) .

وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل ، . ويبدو أن وريثة المصنى يجب أن يخطروا المحكمة التي عينت المصنى بموته ، كما يجوز أن يخطر المحكمة بذلك كل ذي شأن كالورثة والدائنين والموصى لهم .

وتنتهى مهمة المصنى قبل انتهاء التصفية ، أخيراً ، بالعزل . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٧٧ مدنى تقول فى هذا الصدد : « وللقاضى أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . والأسباب التى تبرر عزل المصنى متنوعة ، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصفيتها ، وقد تكون عدم أمانته ، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير وقد تكون غير ذلك من الأسباب . ففى تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصنى عزله ، وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائنين أو وارث أو موصى له ، أو بناء على طلب النيابة العامة (١) ، أو دون طلب من أحد فتعزل المحكمة المصنى من تلقاء نفسها (٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكما أن القاضى هو الذى يعين المصنى ، فهو الذى يملك عزله أيضاً بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب ، سواء فى ذلك أن يكون المصنى قد عين بإجماع الورثة أو كان مختاراً من القاضى » (٣) .

وإذا انتهت مهمة المصنى قبل انتهاء التصفية ، سواء كان انتهاءها بتنحى المصنى أو بموته أو بعزله ، فعلى المحكمة أن تعين مصفياً آخر مكانه

(١) أنظر إضافة النيابة العامة فى لجنة مجلس الشيوخ وقد روى فى هذه الإضافة ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه : آنفاً ص ١٣١ هامش ١ .

(٢) ودعوى العزل لا تسمى نظام التصفية فى شىء ، وإنما هى متعلقة بشخص المصنى وما هو منسوب إليه . ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فى دعوى العزل ، ولو كان الحكم بحين المصنى قد صدر فى مواجهتهم . وذلك أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه ، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكا لأقل الأنصبة (نقض هذا ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٨ .

حتى يتم تصفية الشركة التي بدأها المصنف السابق . ويكون تعيين المصنف الجديد إما باختيار الورثة له بالإجماع ، أو باختيار المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجماع من الورثة ، وذلك على الوجه الذي بسطناه عند الكلام في تعيين المصنف (١) .

٢٨ - المرحوم الثانية - جرد الشركة بما لها وما عليها

٤٨- خطوات هذه المرحوم : بعد مرحلة تعيين المصنف ، ندخل في مرحلة جرد الشركة بما لها وما عليها . وهذه المرحلة الثانية تشتمل على إجراءات أولية ، تتلوها إجراءات إدارة الشركة وجردها .

أما الإجراءات الأولية فتتظم الخطوات الآتية : (١) تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية (م ٨٨٠ ملنى) . (٢) اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة (م ٨٨١ ملنى) . (٣) تجهيز المبت وصرف نفقة لمن كان المبت يعولم في رثته (م ٨٧٢ ملنى) .

وأما إجراءات إدارة الشركة وجردها فتتظم الخطوات الآتية : (١) إدارة الشركة ومسئولية المصنف عن الإدارة (م ٨٨٥ ملنى) . (٢) تكليف دائي الشركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون (م ٨٨٦ ملنى) . (٣) جرد حقوق الشركة وديونها (م ٨٨٧ - ٨٨٩ ملنى) . (٤) الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد (م ٨٩٠ ملنى) .

٤٩ - تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية -

نص قانوني : تنص المادة ٨٨٠ ملنى على ما يأتي :

١ - يتسلم المصنف أموال الشركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيته برقابة المحكمة . وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته .

(١) انظر آتفا فقرة . .

٢ - ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة امتياز المصروفات القضائية ، (١) .

ونخلص من هذا النص أن المصنف يبدأ بتسليم أموال التركة بمجرد تعيينه ، ليقوم بتصفيتها وسداد الديون برقابة المحكمة الابتدائية التي عينته ، وهي المحكمة التي يوجد في دائرتها آخر موطن للمورث أي المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية . ويتسلم المصنف أموال التركة ممن هي تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحرزون هذه الأموال كالمصارف والشركات ، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه .

ويجوز للمصنف ، ولو كان وارثا ، أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجرا عادلا ، لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت في أعمال التصفية وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية ، ويكون حقا ممتازا مثلها .

أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التي أنفقت في تعيين المصنف وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث ، وما ينفق من مصروفات في اتخاذ الاحتياطات المستعجلة من وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ، وفي القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة ، ومصروفات دعوة دائي التركة ومدينها إلى التقدم بمالم من حقوق وما عليهم من ديون وإعلانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٧ - ص ٢١٩) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

فانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الخاصة بذلك ، ومصروفات الجرد وتقدير أموال التركة بخير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة ، ومصروفات التقاضي الخاصة بالمنازعات في صحة الجرد ، ومصروفات وفاء ديون التركة وبيع منقولاتها وعقاراتها في المزاد العلني عند الاقتضاء ، ومصروفات استيفاء حقوق التركة ، ومصروفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومصروفات تسليم أموال التركة بعد سداد الديون إلى الورثة ، وغير ذلك من المصروفات . ونفقات التصفية هذه جميعا تتحملها التركة ، وتكون حقا ممتازا ، وله مرتبة امتياز المصروفات القضائية ، أي المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز العامة . وهذا أمر ظاهر ، فان نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية ، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل .

أما مصروفات قسمة أموال التركة ، بعد سداد ديونها ، بين الورثة إذا طلب أحدهم ذلك ، فهذه لا تدخل في نفقات التصفية ، لأن التصفية تم بتسوية ديون التركة وصيرورة التركة خالية من الديون . فتصبح أموال التركة عندئذ ملكا شائعا بين الورثة ، وتسرى على مصروفات قسمتها بينهم الأحكام التي تسرى على مصروفات القسمة بوجه عام .

٥٠ - انحاز الامتيازات المستعجلة للمحافظة على التركة نص قانوني :

تنص المادة ٨٨١ مدني على ما يأتي :

« على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما . ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام ، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات قيمة » (١) .

(١) تاريخ الدر : ورد هذا النص في المادة ١٣١٣ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٦ - ص ٢٢١) .

ويخلص من هذا النص أن هناك إجراء احتياطياً مستعجلاً يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به ، وذلك عند نظرها في تعيين المصنف ، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر . وذلك أن الغالب في التركات التي تصنف تصفية جماعية أن تشمل على أشياء ثمينة ، كأثاث فاخر وحلى وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة . فهذه تقتضى الحيلة التحفظ عليها ، حتى لا يتخطفها من يكون على مقربة منها ويستطيع الاستيلاء عليها خفية ، إضراراً بالورثة والدائنين . ومن أجل ذلك تصدر المحكمة ، بناء على طلب أحد من ذوي الشأن كوارث أو دائن أو موصى له : أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو دون طلب من أحد من تلقاء نفس المحكمة ، أمراً بوضع الأختام على الغرف والقاعات التي تحتوي على الأثاث الفاخر ، وعلى الخزائن والدواليب التي تحتوي على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك . وتأمر المحكمة أيضاً بإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر في أحد المصارف ، وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تتم تصفيتها (١) .

= ولا مقابل لنصر في التقنين المدنى السابق .

ويقبل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية ، وليس من قاضى الأمور الوقفية . وليس أقطع في الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة منوطة بالمحكمة لا بقاضى الأمور الوقفية من أنه ناط بالمحكمة اتخاذ تلك الإجراءات ، ليس فقط بناء على طلب أحد ذوي الشأن أو النيابة العامة . بل إنه أيضاً خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفسها دون طلب ما ، وهو أمر لا ينصور حصوله من قاضى الأمور الوقفية (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢١ ص ٨٠٥) .

وتنص المادة ٩٤٩ مراقبات . فيما يتعلق بتركات الأجانب ، على أن «القاضى الأمور الوقفية أن يصدر أمراً على عريضة باتخاذ جميع ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقفية»

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصنى عند تعيينه ، بمجرد ما
ويقدر قيمتها ويُدْرَجها في القائمة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال التركة .

٥١ - تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقته لـ ماله الميت يعولهم من

ورثته نص قانوني : تنص المادة ٨٨٢ مدني على ما يأتي :

- ١ - « على المصنى أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضي الأمور الوقفية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولم من ورثته حتى تنتهي التصفية ، على أن تخصم النفقة التي يستولى عليها كل وارث من نصيبه في الإرث . »
- ٢ - « وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضي الأمور الوقفية » (١) .

—المحافظة على التركة ، وبوجه خاص الأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين. والمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تعدل هذا الأمر أو تلغيه ، وأن تأمر بما تراه لازما من الإجراءات التحفظية الأخرى ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة .
وانظر فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، في وضع الأختام ورفعها وفي الجرد المواد ٩٥٤ - ٩٦٨ مرافعات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يقضى بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ولم يكن يذكر « نفقات مآتمه » ، وكان يحمل الاختصاص في النفقة لقاضي الأمور المستعجلة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب جعل الصرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٥١ . وفي لجنة الشيوخ قيل إن « المفهوم أن أصحاب الوصية الواجبة حكمهم حكم الوارثة في تطبيق هذه المواد » ، وأضافت اللجنة عبارة « ونفقات مآتمه » بعد عبارة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات ، واستبدلت عبارة « قاضي الأمور الوقفية » بعبارة « قاضي الأمور المستعجلة » ، وذلك « لأن المنازعات التي يعرض لها النص من قبيل ما يصلح أن يفصل فيه قاضي الأمور الوقفية ، والاتجاه إليه أيسر وأقل من نفقة الالتجاء إلى القضاء المستعجل حيث لا يمتنع الأمر رفع دعوى بل يكفي بطلب مقدم للقاضي ويؤثر عليه . » -

ويخلص من هذا النص أن المصنى ، وهو يواجه بمجرد تعيينه نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه ، يجب عليه أن يقوم بتسديد هذه النفقات من أموال التركة ، لأن هذه النفقات مقدمة على جميع ديون التركة . وقد كان المشروع التمهيدى يقضى بالصرف من مال التركة ، على تجهيز الميت ، ، فعدل النص فى لجنة الشئون التشريعية إلى الصرف من مال التركة ، لتسديد نفقات تجهيز الميت ، (١) . وهذا التعديل تعديل صائب ، إذ يغلب أن يحىء تعيين المصنى بعد دفن الميت ، ويكون ذويه هم الذين قاموا بنفقات تجهيزه ، فيرجعون بها على المصنى يسدها من أموال التركة . ولم يكن المشروع التمهيدى يذكر نفقات المآتم إلى جانب نفقات تجهيز الميت ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ نفقات المآتم ، لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات ، (٢) . فيجب إذن على المصنى أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه ، بما يناسب حالته ، لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت .

ويأتى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه . النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته . ويدخل فى ذلك أصحاب الوصية الواجبة إذ يعتبرون من الورثة . وهذا أمر على جانب كبير من الاستعجال ، إذ كثيراً ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كأمه وأبيه وإخوته . وهؤلاء تنقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم ، إذا صفت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال التركة حتى تم التصفية .

ـ وافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٨٢ ، ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢١ - ص ٢٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى -التقنينات الهندية العربية الأخرى .

التقنين المدنى السورى م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى اللبى م ٨٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قلم الملكية المقاربية البنائى لا مقابل .

(١) أنظر آتقأ ص ١٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آتقأ ص ١٤٩ هامش ١ .

فيكونون في أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل ، إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل . لذلك أوجب القانون على المصنئ أن يبادر إلى استصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، يقدر فيه القاضي مبلغا معقولا يكفي للنفقة عليهم موقتا ، ويأخذونه من أموال التركة حتى تم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها . ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة الموقته أن يكون وارثا ، وأن يكون ممن يعلم المورث حال حياته . فلا تصرف لمن كان الميت يعلم من غير ورثته إذ ليس لهؤلاء نصيب في تركته (١) ، ولا لو ارث لا يكون الميت يعلم حال حياته . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الاختصاص في نظر هذه النفقة لقاضي الأمور المستعجلة ، فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص وجعلت الاختصاص لقاضي الأمور الوقتية ، لأن الالتجاء إلى قاضي الأمور الوقتية أسرع وأبصر « حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى ، بل يكفي بطلب يقدم للقاضي ويؤشر عليه » (٢) . وإذا قدر قاضي الأمور الوقتية النفقة التي تعطى لمن كان الميت يعلم من ورثته ، فنازع فيها الورثة الآخرون أو الدائنون أو الموصى لهم ، بأن ادعوا أن من قررت لهم النفقة ليسوا من الورثة ، أو هم من الورثة ولكن الميت كان لا يعلم حال حياته ، أو أن المبلغ الذي قدر لهم مبالغ فيه لا يتناسب مع أنصبتهم

(١) أما أصحاب الوصية الواجبة ، إذا كان الميت يعلم حال حياته ، فيعتبرون في حكم الورثة إذ لهم نصيب في تركة الميت ، فتجب لهم النفقة (أنظر ما قيل في لجنة مجلس الشيوخ في هذه المسألة آنفا ص ١٤٩ هامش ١ - والنظر في أصحاب الوصية الواجبة مايل فقرة ٧٩) .

(٢) أنظر آنفا ص ١٤٩ هامش ١ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب « يصدر قاضي الأمور الوقتية أمرا على عريضة : أولا - بتقدير نفقة وقتية لمن كان المورث يعلم حتى تنهى التصفية ، وذلك بناء على طلب ذوي الشأن وبعد أخذ رأى المصنئ كتابة . ثانيا . . . » (م ٩٥٠ مرافعات) . ويجوز لقاضي الأمور الوقتية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ويأمر بإعلان ذوي الشأن بلجنة عييدها في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب منعقدة هيئة مشورة » .

في الإرث ، نظر قاضي الأمور الوقفية هذه المنازعات وبت فيها نهائيا .
ومتى قدرت النفقة على هذا النحو ، فإنها تخصم مما يستولى عليه كل وارث
قدرت له النفقة من نصيبه في الإرث .

٥٢ - إدارة الشركة ومسئولية المصنئ عن الإدارة - نص قانونى :

تنص المادة ٨٨٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ - على المصنئ فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال الشركة من
الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة . وعليه أيضا أن
ينوب عن الشركة فى الدعاوى ، وأن يستوفى ما لها من ديون قد حلت » .

« ٢ - ويكون المصنئ ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولاً مسئولية الوكيل
المأجور ، وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية » (١)
وبعرض النص هنا لما يلى الإجراءات الأولية التى سبق بيانها ، من أعمال
إدارة الشركة . ذلك أن المصنئ ، فى أثناء تصفيته للشركة بل وقبل أن
يبدأ التصفية ، يجد تحت يده أموال الشركة ، وهذه فى حاجة إلى الإدارة
إلى أن تتم التصفية وتسلم الأموال للورثة . فيتعين عليه أن يقوم بهذه
الإدارة .

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب اتخاذه من الوسائل التحفظية .
فاذا كان للشركة دين فى ذمة الغير مثلا وكان مضمونا برهن رسمى ولم يكن
الرهن قد قيد ، وجب على المصنئ أن يقيد الرهن ، وإذا كان الرهن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٦ فى
المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٨٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٩ - ص ٢٣١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

قد قيد وحن ميعاد تجديده وجب عليه أن يجدد القيد . وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المال كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب ، وجب على المصنى أن يقطع التقادم أولا ، ثم يطالب باستحقاق المال . وإذا كان للتركة دين في ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين في ذمة شخص ثالث ، كان على المصنى أن يوقع حجزا ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين . وإذا كان للتركة أجرة متأخرة في ذمة مستأجر ، كان على المصنى أن يوقع حجزا تحفظيا على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة . وهكذا يكون على المصنى أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب اتخاذها ، للمحافظة على أموال التركة من الضياع .

ثم تأتي بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة ، كأن يقبض غلة أموال التركة وأن يجنى محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة لمدة قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك ، فهذه كلها تدخل في أعمال الإدارة المألوفة ، ويجب على المصنى أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفي أثناء تصفيته لها . ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصنى بقبض الديون المستحقة للتركة والتي تكون قد حلت ، وأن ينوب عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها .

ولما كان المصنى في حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة الذين يملكون التركة) ، فإن مسئوليته عن الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة المألوفة التي سبق ذكرها هي مسئولية الوكيل . فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية تحددها له ، وعليه أن يوافي المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ مهمته (م ٧٠٥ ملنى) . وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه ، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما يتبقى في ذمته من أموال التركة من وقت أن يعذر (م ٧٠٦ ملنى) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٨٥ ملنى كما رأينا : « ويكون المصنى ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور » .

ومسئولية الوكيل منصوص عليها في المادة ٧٠٤ مدني إذ تقول : « ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد . وعلى ذلك يكون المصني ، سواء كان مأجورا أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له ، ملتزما في القيام بتصفية البركة وفي إنجاز مهمته يبذل عناية الرجل المعتاد ، ولو زادت هذه العناية على العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة .

٥٣ - تكليف دائني التركة ومربيها بتقديم بيانهم من

مفروق وما عليهم من ديون - نص قانوني : تنص المادة ٨٨٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - على المصني أن يوجه تكليفا علنيا لدائني التركة ومدينها بدعوم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة .
- ٢ - ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسي لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيسي لمركز البوليس في المدن التي تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وفي لوحة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث ، وفي صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما يتعلق بالفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فكانت في المشروع التمهيدى تجري على الوجه الآتي : « ويجب أن يلصق التكليف على باب آخر محل كان موطناً للمورث أو على باب آخر محل كان مقراً لأعماله ، وعلى الباب الرئيسي لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة ، وعلى الباب الرئيسي لديوان كل من المركز والمديرية أولديوان المحافظة التي تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وعلى اللوحات المعلقة لنشر الإعلانات داخل كل من المحكمة التي يقع بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التي تقع بدائرتها أعيان التركة . ويجب أيضاً أن ينشر التكليف في الجريدة الرسمية ، وفي ثلاث من الصحف اليومية الكبرى . ووافقت لجنة المراجعة »

وهنا يمهّد المصنّى لجرد التركة ، باتخاذ إجراء يستطيع أن يكشف به عن دائئى التركة ومدينها . وسنرى أن عنده وسائل أخرى للكشف عن ذلك بما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق للتركة وديون عليها ، وبما تكشف عنه أوراق المورث ومستنداته ، وبما يصل إلى علمه من أى طريق كان . ولكن هذا كله لا يكفى ، فقد لا يعلم دائئو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائئين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة ، كما أنه ليس من الضرورى أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته . ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف على ، بأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة ، فى ميعاد معين .

وقد قضى القانون ، كما رأينا ، بأن على المصنّى أن يوجه تكليفا علىا لدائئى التركة ومدينها ، يدعوم فيه أن يقدموا بيانا عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف . ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة كما سنرى ، فيجب أن يحدد المصنّى ميعادا لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور فى المرات الأولى من النشر ، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة .

سئل النص تحت رقم ٩٥٧ فى المشروع النهائى ، بعد بعض تعديلات لفظية . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدلت الفقرة الثانية بما يقصر التكليف على النشر فى صحيفتين من الصحف اليومية الكبرى ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدته لجنة تحت رقم ٩٥٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدق الجديد وصار رقم النص ٨٨٦ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١ - ص ٢٣٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدق السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدق السورى م ٨٤٧ (موافق) .

التقنين المدق اللبنى م ٨٩٠ (مطابق) .

التقنين المدق العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

وحتى تتوفر للتكليف العلانية الواجبة ، قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة^(١) : (١) النشر المحلى : بالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى القرى ومدن الأقاليم يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى القرية أو المدينة ، وبالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمركز البوليس الذى تتبعه الأعيان . (٢) النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة : يلصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، ويلاحظ أن المحكمة المختصة بنظر القضية هى المحكمة الابتدائية لا المحكمة الجزئية كما سبق القول . (٣) النشر فى الصحف اليومية : ينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار . ولا يوجد ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة ، فقد ينشر التكليف فى الصحيفة اليومية قبل لصقه فى لوحة المحكمة وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة أو لمركز البوليس ، وقد ينعكس هذا الترتيب . والمهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف كما قدمنا .

٥٤ - مجرد مفقود التركة وديونها - نصوص قانونية : تنص المادة ٨٨٧ مدنى على ما يأتى :

١ - على المصنئ أن يودع قلم كتاب المحكمة ، خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . وعليه أيضا أن يخطر ، بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم ، كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع .

٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك .

وتنص المادة ٨٨٨ مدنى على ما يأتى :

(١) يراجع ما طرأ على هذه الطرق من تعديلات فى أثناء المراحل التشريعية لنص المادة ٨٨٦ مدنى ، ابتداءً بالمشروع التمهيدى ، فـلجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، فـلجنة مجلس الشيوخ : آنفاً ص ١٥٤ هامش ١ .

١ - للمصنئ أن يستعين في الجرد وفي تقدير قيمة أموال التركة بنخبير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة .

٢ - ويجب على المصنئ أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان ، وعلى الورثة أن يبلغوا المصنئ عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها .

وتنص المادة ٨٨٩ مدني على ما يأتي :

« يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثاً » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٨٧ : ورد هذا النص في المادة ١٣١٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - « على المصنئ أن يقدم للقاضي ، في ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها ، وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . ويجب أيضاً أن تعلن هذه القائمة في الميعاد المتقدم إلى كل ذي شأن . ٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضي مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بما يلزم المصنئ بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة بدلا من تقديمها للقاضي وبإخطار كل ذي شأن بحصول الإيداع بموجب خطاب مسجل ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦) .

م ٨٨٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الجزء الأخير من الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي كان يجرى على الوجه الآتي : « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها للمصنئ على أن يكون مسئولاً عنها ، ويجب على الورثة بوجه خاص أن يبلغوا المصنئ عما يعلمونه من ديون على التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها إلى المصنئ على أن يكون مسئولاً عنها » ، واستعوض عنها بعبارة « وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان » ، وذلك « لأن التكليف بإبلاغ المصنئ بمعلومات عن حالة المورث لم ينقر له جزاء ، ولهذا أنثرت اللجنة أن تحمل العبارة عامة تنصرف إلى كل ما يصل إلى علم المصنئ سواء عن طريق سمي -

وتعرض هذه النصوص لجرد المصنف للتركة وحصر مالها من حقوق وما عليها من ديون وإيداع قائمة بهذا الجرد قام كتاب المحكمة ، وهذا هو جانب من جوانب المهمة الرئيسية للمصنف .

فعليه أولاً أن يجرد التركة . وحتى يحصى ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون يستطيع أن يلجأ إلى الوسائل الآتية : (١) يرجع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته ، ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث أو ديونه معتمداً على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث . (٢) ويرجع إلى السجلات العامة . وبخاصة إلى مكاتب الشهر وتكاليف الأطيان ، ليكشف عن التسجيلات والقيود التي تثقل عقارات التركة فيعرف ما على التركة من ديون مكفولة بتأمينات عينية وليكشف من تكاليف الأطيان عما في تكليف المورث من أراض زراعية . (٣) ويرجع إلى الورثة والموصي لهم ليستعلم منهم عما يعرفون من حقوق للتركة أو ديون عليها ، ويستوثق مما يقولون في ذلك بالمستندات والأوراق الأخرى إذا أمكن . (٤) وقد رأينا أن من الأعمال التي يبادر المصنف إلى القيام بها

— ذرى الشأن للإدلاء إليه بمعلومات أو عن طريق سعيه في تحصيلها . وأضافت اللجنة إلى الشق الأخير من الفقرة الثانية عبارة « أو حقوق هذه » لأن النصية تستلزم الوقوف على الديون والحقوق دون تفرقة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٩) .

م ٨٨٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٨ - ٨٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩١ - ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أن يشهر حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري التي تقع في دائرتها عقارات
التركة ، ويؤدي ذلك إلى أن كثيراً من دائني التركة العاديين
يؤشرون بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث ، فيعرف من هذه
التأثيرات كثيراً من الديون العادية التي على التركة . (٥) ورأينا أيضاً
أن المصنئ يعلن تكليفاً للدائني التركة ومدينها بدعومهم فيه إلى تقديم بيان
بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وبذلك يستطيع الوقوف على
كثير مما للتركة وما عليها . (٦) وللمصنئ أخيراً أن يلجأ إلى أية وسيلة
أخرى يجدها في استطاعته للكشف عما للتركة وما عليها ، كأن يستعلم
عن ذلك من المصارف والشركات ومن دائني التركة ومدينها الظاهرين
ومن شركاء المورث في الأعمال التي كان يقوم بها ومن مستخدمي الخاصين
الذين كانوا على اتصال بأعماله ومن غير أولئك وهؤلاء ممن يستطيعون أن
يقدموا له معلومات في هذا الشأن ، سواء تقدم إليهم في ذلك أو تقدموا هم
من تلقاء أنفسهم بهذه المعلومات .

فإذا ما حصر المصنئ ما للتركة من نقود وأوراق مالية ومفروشات
وأثاث وحلي ومجوهرات وحقوق معنوية (كحق المؤلف وحق المخترع)
ومنفولات أخرى وما تشتمل عليه من أرض ومبان ، وجب عليه أن يقدر
قيمة هذه الأموال ، وله أن يستعين في هذا التقدير بخبير أو بمن يكون له
دراية خاصة في تقديم بعض هذه الأموال كالحلى والمجوهرات والحقوق
المعنوية .

وبلاحظ أن القانون حرم الاستيلاء على شيء من أموال التركة ،
فمن كان تحت يده شيء من هذه الأموال ، حتى لو كان دائناً أو وصياً له
أو وارثاً . يجب عليه أن يسلمه للمصنئ . وقد نصت المادة ٨٨٩ مدني
كما رأينا على أن « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من
مال التركة ولو كان وارثاً » . فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت
شيئاً من ماله غشاً بنية الاستيلاء عليه وتملكه . اعتبروا في حكم المبددين
وعوقبوا بعقوبة التبديد . حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده
إذا أخفوا مثلاً شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى

ومجهرات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :
 « وقد نصت المادة . . . من المشروع على عقوبة جنائية هي عقوبة التبديد ،
 توقع على كل من استولى غشاً على مال التركة حتى لو كان وارثاً . فن
 كان في يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه ، وقعت عليه عقوبة التبديد
 حتى لو كان وارثاً ، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى
 عليه . وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد ، كعقوبة
 السرقة ، إذا كان هناك عمل لذلك . أما مجرد الإهمال في التبليغ عن أموال
 التركة أو تعمد عدم التبليغ ، مادام غير مصحوب بالاستيلاء على مال
 التركة ، فلا يدخل في حكم المادة . . . » (١) .

ويعد المصنف ، بعد جرد التركة على النحو الذي بسطناه ، قائمة
 تبين ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون ، وتشتمل على تقدير قيمة
 هذه الأموال . وهذه القائمة تبين حالة التركة مبدئياً ، هل هي موسرة
 أو معسرة ، وما مقدار حقوقها وديونها ، ولاتتبع حالة التركة نهائياً
 إلا بعد تصفية المنازعات في القائمة على ما سيجيء .

وقد أوجب القانون على المصنف أن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة
 الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، وضرب له ميعاداً لذلك أربعة أشهر من
 يوم تعيينه . ويغلب أن يضيق هذا الميعاد بما يستغرقه إعداد القائمة من وقت ،
 ويكفي أن نذكر بياناً لذلك أن شهر حق الإرث في مكاتب الشهر
 المختلفة يستغرق وقتاً غير قليل . ويكون بعد ذلك لدائني التركة العاديين
 أن يوشروا بحقوقهم في خلال سنة كاملة من وقت تسجيل حق الإرث ، فلا
 يستطيع المصنف أن يحصى دائني التركة العاديين ولو على وجه تقريبي إلا بعد
 انقضاء سنة من شهر حق الإرث ، أي بعد انقضاء أكثر من سنة من وقت
 تعيينه . وإذا هو لم يعتمد على شهر حق الإرث وتأشير الدائنين بحقوقهم ،
 واكتفى بالتكليف الذي يدعو فيه دائني التركة ومدينوها أن يتقدموا ببيان
 ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، فإن القانون أعطى مهلة للتقدم بهذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٢ .

البيان ثلاثة أشهر من وقت نشر هذا التكليف آخر مرة . فلا يكون أمام المصنئ لإعداد القائمة متضمنة تقديراً لقيمة أموال الشركة ، وإيداعها قلم كتاب المحكمة . وإخطار كل ذي شأن بحصول هذا الإيداع - كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - « إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان . بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائى الشركة ومدينىها ، وتمكن كذلك من نشره ، فى أول يوم عين فيه » (١) لذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٨٨٧ مدنى : كما رأينا ، بأنه يجوز للمصنئ أن يطلب إلى المحكمة مد ميعاد الأربعة الأشهر إلى مدة كافية لإعداد القائمة وإيداعها والإخطار بها على الوجه السالف الذكر ، وذلك إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما توجد هذه الظروف (٢) .

ومنى أعد المصنئ قائمة الجرد . وجب عليه إيداعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية . ووجب عليه كذلك إخطار كل ذي شأن . من وارث وموصى له ودائن للشركة ومدين لها ، بكتاب موصى عليه . بحصول هذا الإيداع . حتى يطلع هؤلاء إذا شاءوا على القائمة فى قلم كتاب المحكمة . والتقدم بما عسى أن يكون لهم من اعتراضات عليها إلى المحكمة لتفحص منازعاتهم وتتصرف فيها على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . ويجب أن يكون إيداع القائمة وإخطار ذوى الشأن ، كما قدمنا ، فى ميعاد الأربعة الأشهر أو فى الميعاد الذى حددته المحكمة أزيد من ذلك كما ينفع غالباً .

٥٥ - الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد - ضمن قانونى :

تنص المادة ٨٩٠ مدنى على ما يأتى :

١ - كل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حتموق للشركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة ، بناء على طلب كل ذي شأن . خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٢٤٢ - ص ٢٤٣ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة « بمد الأجل المحدد قانوناً لتقديم بيان بما للشركة وما عليها من الحقوق إذا وجدت ظروف تبرر ذلك ، والتصريح بأداء الديون التى لا نزاع فيها » (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

٢٥ - وتجري المحكمة تحقيقاً ، فإذا رأت الشكوى جديّة أصدرت أمراً بقبولها . ويصحّ التظلم من هذا الأمر وفقاً لأحكام قانون المرافعات .
 ٣٥ - وإن لم يكن التراجع قد سبق رفعه إلى القضاء . عينت المحكمة أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال (١) .

ويعرض هذا النص لإجراءات الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرّد .
 فإذا أودع المصنّي قائمة الجرّد قلم كتاب المحكمة وأخطر ذوى الشأن بإيداعها على النحو الذى يبيّنه فيما تقدم ، تمكن هؤلاء من الإطلاع عليها

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٣٢٢ - ١٣٢٣ من المشروع التمهيدى . وكانت المادة ١٣٢٢ تنفق مع ما استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد . فيما عد أن المشروع التمهيدى كان يحمل المهلة في رفع المنازعة في حق الجرّد خمسة عشر يوماً من يوم إعلان قائمة الجرّد . وكانت المادة ١٣٢٣ تجرى على الوجه الآتى : « لا تقبل المعارضة في الأحكام الصادرة في تلك المنازعات ، ومبدأ استئناف هذه الأحكام خمسة عشر يوماً إن كان الاستئناف جائزاً » . ووافقت لجنة المراجعة على المادتين بعد إدماجهما في مادة واحدة تحت رقم ٩٦١ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ٩٥٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الأخيرة التى تتضمن حكماً خاصاً بالمعارضة والاستئناف في المنازعات في صحة الجرّد ، « لأن مشروع قانون المرافعات تكفل به » ، وجعلت المهلة في رفع المنازعة في صحة الجرّد ثلاثين يوماً بدلاً من خمسة عشر يوماً ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦) . ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٥١ : كل منازعة في صحة الجرّد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أوبائباتها ، ترفع بعريضة أمام المحكمة ذات الاختصاص بحسب القواعد العامة خلال ثلاثين يوماً من إيداع قائمة الجرّد . (والتقنين السورى لا ينص على التحقيق المبدئى الذى تجرى محكمة تصفية التركة لتثبت من جدية المنازعة . ويبدو أنه يجعل ذوى الشأن يرفعون منازعاتهم مباشرة إلى المحكمة المختصة بنظر هذه المنازعات ، ولكنه ينص مع ذلك على أن ترفع المنازعات بعريضة وهذا يخالف للتواعد العامة) .

التقنين المدنى الميى م ٨٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربة المبناى لا مقابل .

في قلم كتاب المحكمة . ولأى منهم أن ينازع فيها ، فالوارث أو الموصى له قد ينازع في أن القائمة قد أغفلت أعياناً أو حقوقاً للتركة (١) ، أو أنها أثبتت ديوناً على التركة ليست صحيحة ، ودائن التركة قد ينازع في أن له مبلغاً أكبر من المبلغ الذي أدرج في القائمة ، ومدين التركة قد ينازع في أن دينه أقل مما أدرج ، وهكذا . أما دائنو التركة العاديون الذين لم يدرجوا في القائمة لعدم ظهورهم ، فهؤلاء يظلون غير معروفين فلا يمكن إخطارهم بإيداع القائمة ولا يتمكنون من المنازعة ، وقد عالج القانون أمرهم في المادة ٨٩٧ مدني كما سيجي .

والمنازعة في قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الابتدائية التي تنظر تصفية التركة ، ويرفعها صاحبها في خلال الثلاثين يوماً التالية لإخطار المصني له بإيداع قائمة الجرد في قلم كتاب المحكمة . وتفحص المحكمة المنازعة فحوصاً مبدئياً ، فإذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها . وإلا أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من الأمر الذي تصدره المحكمة ، وفقاً لأحكام قانون المرافعات . وتقضي المادة ٣٧٥ مرافعات بأن الخصم الذي صدر عليه الأمر الحق في التظلم منه لنفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، مع تكليف خصمه الحضور أمامها ، وتقضي المحكمة في التظلم على وجه السرعة (٢) بتأييد الأمر أو إلغائه .

(١) وفي إحدى القضايا كان المصني أحد الورثة ، فطن الوارثان الآخران بأنه أغفل الكثير من أعيان التركة ولم يدرجها في القائمة ، فقبل هذا الطعن وأمرت المحكمة بتعديل القائمة على هذا الأساس . ولما طعن في هذا الحكم بالنقض ، قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بتعديل قائمة الجرد يتخذ في حق المصني الذي أقامته محكمة الاستئناف كما كان نافذاً في حق سلفه ، دون حاجة إلى النص على ذلك في منطوق الحكم الاستئنافي . (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٢) وقد ألني القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة وعلى وجه الاستعجال والدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد ، وذلك بإلغاء جميع الآثار القانونية المترتبة على هذه التفرقة . فقد كانت الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تعرض على قاضي التحضير ، ولا تجوز المعارضة في الحكم النهائي الصادر فيها ، وميعاد الاستئناف عشرة أيام أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم . وأكثر هذه المزايأ أصبحت شاملة لجميع الدعاوى ، فلم يصبح لعبارة « على وجه السرعة » مدلول أكثر من استدعاء نظر المحكمة إلى سرعة الفصل في الدعوى .

فإذا ما صدر أمر نهائي في شأن المنازعة ، فإن كان هذا الأمر قد صدر برفضها ، لم يبق أمام صاحب المنازعة إلا الطريق العادي للتقاضي . وإذا صدر الأمر النهائي بقبول المنازعة لأنها جديّة ، ولم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء . عينت المحكمة التي أصدرت الأمر أجلاً يرفع فيه صاحب المنازعة دعواه أمام المحكمة المختصة^(١) . وقد تكون المحكمة المختصة هي نفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، وفي هذه الحالة ترفع الدعوى أمامها بالأوضاع العادية للتقاضي . وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة المختصة في المنازعة على وجه الاستعجال . ولا تجوز المعارضة في الحكم الذي تصدره تطبيقاً للمادة ٣٨٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وتقضى بعدم جواز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون . ولما كانت المادة ١١٨ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) تقضى بأن تسرى على الدعاوى التي يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة في رفع الدعاوى ونظرها وإجراءات الطعن في الحكم الصادر فيها ومواعيده ، لذلك تسرى في ميعاد الاستئناف المادة ٢/٤٠٢ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) وهي تقضى بأن يكون هذا الميعاد ستين يوماً من يوم صدور الحكم ، وذلك إذا كان الاستئناف جائزاً .

٣ - المرحلة الثالثة - تسوية ديون التركة

٥٦ - المسائل التي تشتملها هذه المرحلة : تتضمن هذه المرحلة المسائل الآتية : (١) متى توفي ديون التركة ومن أين توفي (م ٨٩١ -

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٢ مرافعات على أن « ترفع المنازعة في صحة الجرد الذي أجراه المصنف لأموال التركة من أحد ذوي الشأن إلى قاضي الأمور المستعجلة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار بإيداع القائمة ، ويأمر القاضي بتعديل القائمة مؤقتاً إذا رجع صحة المنازعة . ويحدد أجلاً يرفع خلاله من يرى تكليفه من الطرفين دعواه إلى المحكمة المختصة ، فإذا انقضى هذا الأجل ولم ترفع الدعوى ، جاز للقاضي أن يأمر بعدم الاعتداد بها في التصفية . ويجوز رفع المنازعة من النيابة العامة إذا تعلق بالتركة حق لقاصر أو عديم أهلية أو غائب » .

٨٩٣م (٢) تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة (م ٨٩٤ م) . (٣) استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة (م ٨٩٥ - ٨٩٦ م) . (٤) وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد (م ٨٩٧ م) . (٥) تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف (م ٨٩٨ م) .

٥٧ - متى توفي ديون التركة ومن أين توفي - نصوص قانونية :
تنص المادة ٨٩١ م على ما يأتي :

« بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصنف بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يتم في شأنها نزاع . أما الديون التي توزع فيها ، فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائياً » .

وتنص المادة ٨٩٢ م على ما يأتي :

« على المصنف ، في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أي دين ، ولولم يتم في شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة » .

وتنص المادة ٨٩٣ م على ما يأتي :

١ - يقوم المصنف بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ، وما تشتمل عليه من نقود ، ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ، ومن ثمن ما في التركة من منقول . فإن لم يكن كل ذلك كافياً ، فمن ثمن ما في التركة من عقار » .

٢ - وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة . فإذا كانت التركة معسرة ، لمزمت أيضاً موافقة جميع الدائنين . وللورثة في جميع الأحوال الحق في أن يدخلوا في المزاد (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٨٩١ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق -

وتعرض هذه النصوص للوقت الذي يوفى فيه المصنف ديون الشركة ،
ولأموال الشركة التي توفى منها هذه الديون . وقد رأينا أن المصنف قد أعد
قائمة جرد الشركة وأودعها قلم كتاب المحكمة وأخطر كل ذي شأن بهذا
الإيداع . فانفتح بهذا الإخطار باب تقديم المنازعات في الجرد . ورأينا
أن القانون ضرب ميعاداً للتقدم بهذه المنازعات ، ثلاثين يوماً من وقت
الإخطار . فعلى المصنف أن يتربص حتى انقضاء هذا الميعاد ، وفي نهاية
الثلاثين يوماً يستطيع أن يقف على المنازعات التي تقدمت في صحة قائمة
الجرد . فإذا كانت هناك حقوق أو أموال للشركة أغفل إدراجها في القائمة
وعلم بها عن طريق تقدم وارث أو دائن أو أى ذي شأن آخر بمنازعة في
شأنها ، بحث الأمر وسعى في الحصول على ما نقص الشركة من مال ولو كان

سلاً استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة
على النص تحت رقم ٩٦٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٠
بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩١ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٢٤٧ - ٢٤٨) .

٨٩٢ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٣ في المشروع
النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦١ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٢ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٨ - ٢٤٩) .

٨٩٣ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٤ في المشروع
النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر في صدد الفقرة الثانية من المقصود
بعبارة « إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى » ، فأجيب « بأن الورثة
قد يتفقون على إدخال تعديل في الأوضاع والمواعيد المنصوص عليها في البيع الجبرية » ،
ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٦٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٣
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٠ - ٢٥٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري ٨٥٢ - ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٨٩٥ - ٨٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ذلك عن طريق التقاضى ، وقد رأينا أنه ينبوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها (م ١/٨٨٥ ملئى) . وإذا كانت هناك منازعات فى ديون التركة التى أدرجها فى القائمة ، فإنه يقف على هذه المنازعات ويعرف ديون التركة التى ليس فيها نزاع وتلك التى توزع فيها .

وسواء كانت ديون التركة خالية من النزاع أو كان متنازعا فيها . فإنه يستطيع أن يعرف من قائمة الجرد التى أعدها حالة التركة ، وهل هى موسرة أو معسرة . وفى تقديره لإعسار التركة يكتفى أن يقوم احتمال لأن تكون معسرة ، يفرض لذلك أن الديون المتنازع فيها ديون صحيحة حتى يكون فى الجانب المأمون .

فإذا رأى أن التركة معسرة . أو أن هناك احتمالا لأن تكون معسرة على النحو الذى قدمناه ، فعليه أن يقف وفاء أى دين ولولم يقم فى شأنه نزاع . ذلك لأنه إذا تبين نهائيا أن التركة معسرة ، فإن دائن التركة لا يستطيع الحصول على كل حقه ولا بد أن يكتفى بحصة منه ، والمصنى لا يستطيع أن يعرف مقدما مقدار هذه الحصة . فلا بد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائيا فى الديون التى رفعت فى شأنها منازعات ، وعند ذلك يستطيع أن يثبت من مقدار جميع الديون التى على التركة فى صورتها النهائية . وفى ذلك الوقت فقط يوفى ديون التركة ، فيوزع أموال التركة على دائنيها ، ولما كانت التركة معسرة فإن دائن التركة يتحاصون أموالها ، ويأخذ كل كل منهم حصة بنسبة الدين الذى له .

أما إذا رأى المصنى أن التركة موسرة حتى مع حساب الديون المتنازع فيها ، فإنه لا يقوم حينذاك مانع من الوفاء بالديون التى لم يقم فى شأنها نزاع . وعلى المصنى أن يوفى هذه الديون من أموال التركة على النحو الذى سنبينه ، ويوفىها بعد انقضاء الثلاثين يوما المحددة لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد ، وبعد أن يستأذن فى الوفاء بها المحكمة الابتدائية التى تنظر شؤون التصفية . أما الديون المتنازع فيها ، فلا يوفىها إلا عند الفصل فى النزاع القائم فى شأنها نهائيا ، ولما كانت التركة موسرة فإنها تتسع لوفاء كل هذه الديون .

وهو يوفى ديون التركة : على النحو الذى قدمناه : من أموال التركة .
ويبدأ من هذه الأموال بما يقتضيه من حقوق لها فى ذمة مدينها وبما تشتمل
عليه التركة من نقود ، فهذه كلها مبالغ حاضرة يستطيع أن يوفى منها
ديون التركة فوراً (١) .

فإذا لم تكف هذه المبالغ للوفاء بالديون ، شرع فى بيع أموال التركة
الأخرى ، الأيسر فالأيسر . فيبدأ ببيع الأوراق المالية من أسهم وسندات
إذا وجدت ويبيعها بسعر السوق فى يوم البيع فإن للأوراق المالية أسعاراً يومية
معينة فى البورصة . فإذا كان ثمن الأوراق المالية لا يزال غير كاف للوفاء
بالديون ، فإنه يبيع منقولات التركة : ثم يبيع عقاراتها ، وهذه وتلك بالقدر
الكافى لوفاء الديون .

وتباع منقولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمراد العلنى
طبقاً للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات لليوع الجبرية وفى المواعيد
التي حددها هذا التقنين . ومع ذلك يجوز ، باتفاق جميع الورثة ، وباتفاق
دائى التركة (أو الموصى لهم) أيضاً إذا كانت التركة معسرة ، إدخال
تعديل فى هذه الإجراءات أو فى هذه المواعيد . فتحذف مثلاً بعض
الإجراءات أو تضاف إجراءات أخرى ، أو يتفق على تقصير بعض المواعيد
أو على إطالتها (٢) . فإذا بيع المنقول أو العقار بالمراد العلنى ، جاز للورثة

(١) وهناك رأى ينبغى إل أن يدخل فى هذه المبالغ أيضاً ريع أموال التركة ونماؤها ،
فيوفى المصن منها ديون التركة الوسايا والتكاليف . وهذا يتفق مع رأى الكثيرين من الحنابلة ،
فهم يحملون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويحملون الديون مع ذلك متعلقة بنائها
لتعلقها بأصل البناء (الوسيط : فقرة ١٩٤ ص ٢٥٢ هامش ١ - وقارن آنفاً ص ٩٩ هامش ١) .

(٢) مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٢٤٤ مرافعات من أنه « يجب ، قبل بيع مصوغات أو سبائك
من الذهب أو الفضة أو من أى معدن نفيس آخر وبيع المجوهرات والأحجار الكريمة إذا زادت
القيمة المقدرة لها على مائة وخمسين جنيهاً ، أن يحصل النشر فى الصحف ثلاث مرات فى
أيام مختلفة قبل يوم البيع » . . . فيجوز الاتفاق على أن يكون النشر فى أكثر من ثلاث صحف
أو أقل ، أو أن يكون النشر فى صحف معينة بالذات . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة
٦٥٣ مرافعات فى البيع الجبرى العقار من أن « يعلن قلم الكتاب عن البيع قبل اليوم المحدد
لإجرائه بمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر . . . » . فيجوز لاتفاق على
أن يكون الإعلان عن بيع العقار قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة تزيد على ثلاثين يوماً ، أو تقل
عن خمسة عشر يوماً .

بالرغم من أنهم يعتبرون مالكيين لأموال التركية ، وجاز من باب أولى لدائني التركية وللموصى لهم ، أن يدخلوا في المزايدة . ويجوز أيضاً ، باتفاق جميع الورثة ، مع اتفاق دائني التركية والموصى لهم في حالة إعسار التركية ، أن يباع المنقول والعقار لافي المزايدة العلنية بل ممارسة ، سواء كان البيع لأجنبي أو لوارث أولدائن أو لموصى له (١) .

٥٨- تعجيل الوفاء بالربوه المورث - نص قانوني : تنص المادة ٨٩٤

مدني على ما يأتي :

« للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن مراعية في ذلك حكم المادة ٥٤٤ » (٢) .

= وانظر ما وقع في هذا الشأن من استفسار في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب آنفاً ص ١٥١ هامش ١ .

(١) ونفرض في كل هذا أن الحق الذي لدائن اتركة يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركية نفسها ، كما هو الأمر لو كان حق الدائن هو مبلغ من النقود . أما إذا كان حق الدائن لا يمكن تنفيذه عيناً من أموال التركية ، كما لو كان المورث مديناً بعمل لدائنه ، فإن حق الدائن في هذه الحالة لا يمكن تفضيحه مباشرة من أموال التركية . ومن ثم يجب تحويله إلى تعويض : فيصبح مبلغاً من النقود يمكن التنفيذ به على أموال التركية (إسماعيل غانم ص ١٦١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يصرح في الشرط الأخير من النص بأن المبلغ الذي يستحقه الدائن يراعى فيه « تعويضه عما يفوته من ربح بسبب الوفاء المبجل ، على ألا يجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة عن ستة أشهر ما لم يكن هناك اتفاق سابق » : ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اكتفى بالإشارة إلى حكم المادة ٥٤٤ مدني بدلاً من ذكر مضمون هذا الحكم ، ولذلك حذف الشرط الأخير من النص ، وصار رقم النص ٨٩٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويعرض هذا النص لديون التركة المؤجلة . فهذه لا تحل آجالها بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلاً بعد موته . ولا يجوز لدائن التركة ذى الدين المؤجل أن يطالب المصنى بالدين إلا عند حلول الأجل . وقد لا يحل الأجل إلا بعد وقت طويل . ويكون من مصلحة الورثة تعجيل الدين المؤجل ودفعه قبل حلول الأجل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فقد يكون من مصلحة الورثة جميعاً الحكم بحلول الديون المؤجلة ، فإذا انعقد إجماعهم على ذلك . طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن » (١) . وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن الذى عجل دينه يجرى بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدنى . وتنص على أنه « إذا اتفق على الفوائد . كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد فى أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه . » ويخلص من هذا النص أن الدين المؤجل ، الذى اتفق فيه على فوائد ويراد التعجيل بالوفاء به ، يجب أن يكون قد انقضى من أجله ستة أشهر على الأقل ولو كان ذلك قبل موت المورث . فيعلن المصنى الدائن بعد انقضاء هذه المدة . بناء على طلب جميع الورثة ، بتعجيل الوفاء . وعند ذلك تقضى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية بحلول الدين المؤجل . وبوفاء الدين فى أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ إعلان الدائن بتعجيل الوفاء ، على أن تؤدى له الفوائد المستحقة عن ستة أشهر أخرى تالية لهذا الإعلان وعلى ذلك يتقاضى الدائن فوائد ستة على الأقل : ستة أشهر انقضت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥٨ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب : يصدر قاضى الأمور الوقفية أمراً على عريضة « بحلول الديون التى يجمع الورثة على حلوفها . وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للقانون ، وذلك بناء على طلب المصنى أو أحد الورثة . (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

قبل إعلانه بالتعجيل ، وستة أشهر أخرى تالية لإعلانه بالتعجيل (١) .
أما إذا كان الدين المؤجل لافوائد له ، فالتعجيل لا يضر الدائن في
شيء بل يفيده ، فلا يقدّر له تعويض ، ولكن لا ينخص منه شيء في نظير
التعجيل (٢) .

٥٩ - استيفاء أجل المدين وتوزيعها على الورثة - نص قانوني .

تنص المادة ٨٩٥ مدني على ما يأتي :

١ - إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل : تولت
المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة . بحيث يختص كل
وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي
حصته في الإرث .

٢ - وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على
عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين .
فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة تأمين تكميلي يقدمه الورثة من مالهم
الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتب المحكمة التأمين على أموال
التركة جميعها .

٣ - وفي جميع الأحوال ، إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد
سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر
حق الاختصاص .

وتنص المادة ٨٩٦ مدني على ما يأتي :

« يجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة ، أن يدفع القدر الذي
اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤ » . (٣)

(١) الوسيط • فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ .

(٣) تاريخ النصوص :

٨٩٥ م : ورد في هذا النص في المادة ١٣٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق
في مجموعه مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وعدل النص في لجنة المراجعة بما جملته
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٦٦ في المشروع النهائي . ووافق
عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٥ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٧) .

وتفترض هذه النصوص أن الورثة لم يجمعوا على تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ، وآثروا أو آثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل . عند ذلك تتولى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية توزيع ديون التركة المؤجلة (١) على الورثة وكذلك توزيع أموال التركة ، بحيث يكون لكل وارث حصة من الأموال وحصة من الديون إذا استترلت الثانية من الأولى كان الباقي معادلاً لصافي حصته في الإرث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وهذه عملية حسابية دقيقة ، قد يستعين القاضي فيها بخبير . وتبقى مشكلة أخرى هي أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضماها ، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها ، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمنه إلا جزء من التركة هو الجزء الذى وقع في نصيب هذا الوارث . وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها ترتب على تجزئة الدين . ولما كان المفروض أن التركة موصرة ، لأن التركة المعصرة يحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين ، فالمفروض تبعاً لذلك أن جزء التركة الذى وقع في نصيب الوارث ينسب بالدين الذى اختص به . ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه ، يجوز للقاضي أن يرتب له حق اختصاص

= م ٨٩٦ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٧ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٩) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدنى السابق .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٦ - ٨٥٧ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من

المادة ٨٩٥ مصرى لا نظير لها في المادة

٨٥٦ سورى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٩ - ٩٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) أما الديون الحالية فإن المصطفى يكون قد وفاها قبل توزيع أموال التركة وديونها المؤجلة على الورثة .

على عقارات التركة التي وقعت في نصيب الوارث ، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم . بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلي من ماله الخاص أو مطالبته بأية تسوية أخرى ، كتقديم كفيل عيني أو شخصي أو عقد تأمين لمصلحة الدائن . فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافي ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو كل أموال التركة : ما وقع منها في نصيب الوارث وما وقع في نصيب الورثة الآخرين . مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق (١) .

وهناك تعميان على ما تقدم : (١) تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ : « على أن تحتفظ (المحكمة) لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين » . فمن كان له من الدائنين منذ البداية تأمين خاص ، كرهن أو امتياز ، يبقى له هذا التأمين كما كان . ويحسن في هذه الحالة أن يكون الوارث الذي وقع في نصيبه العين المثقلة بهذا التأمين الخاص هو الذي يختص بالدين الذي لصاحب هذا التأمين . (٢) قد ترى المحكمة حاجة إلى إضافة ضمان تكميلي يقدمه الوارث من ماله الخاص أو الاتفاق على أية تسوية أخرى ، مع أن المفروض أن نصيب الوارث من أموال التركة يفي بنصيبه من ديون التركة . والسبب في ذلك أن الوارث قد يكون معظم ما وقع في نصيبه من أموال التركة منقولاً ، بل قد لا يقع في نصيبه أي عقار . ففي هذه الحالة يجب عليه أن يقدم ضماناً تكميلياً من ماله الخاص ، كأن يقدم عقاراً يملكه ترتب عليه المحكمة حق اختصاص . وهذا لا يمنع من ترتيب تأمين على المنقولات التي وقعت في نصيب الوارث ، كأن تكون حلياً أو مجوهرات أو أوراقاً مالية يقدمها الوارث رهناً حيازياً للدائن (٢) . ويلاحظ أن عملية تأمين الديون المؤجلة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المسألة أيضاً : « وهذه هي أدق نقطة في التصفية عاجلها المشروع ، ووفق فيها بين مصلحة الدائنين في ألا يتجزأ ضمانهم ومصلحة الورثة في أن تتجزأ عليهم الديون ، وفي أن يكون كل مستولا عن الديون الأخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٢) .

(٢) وقد أضيفت في لجنة مجلس الشيوخ ، في الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ ، عبارة « على عقار أو منقول » بعد عبارة « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً » =

بعد توزيعها على الورثة تقتضى أن كثيراً من عقارات التركة ترتب عليها المحكمة حقوق اختصاص لمصلحة الدائنين ، وقد كانت خالية من قبل من أى تكليف عيني . لذلك أضيفت في لجنة المراجعة إلى المادة ٨٩٥ فقرة ثالثة تقول : « وفي جميع الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر حق الاختصاص ».

فإذا ما اختص كل وارث بنصيب من الديون المؤجلة على النحو السابق الذكر ، فقد يرغب أحد الورثة تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة التي وقعت في نصيبه . وقد قدمنا أن الذي دعا إلى توزيع الديون المؤجلة على الورثة دون التعجيل بوفائها هو أن الورثة لم يجمعوا على هذا التعجيل ، فيجوز إذن أن يكون من بينهم من كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ومنعه من ذلك عدم انعقاد إجماع الورثة . فيستطيع هذا الوارث الذي كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة أن يقوم هو بتعجيل الوفاء بما وقع في نصيبه من هذه الديون . ويطلب إلى المحكمة أن تقضى بحلول الدين المؤجل الذي وقع في نصيبه ، وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المادة ٨٩٤ التي سبق بيانها (١) .

٦٠ - وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد - نص قانوني :

تنص المادة ٨٩٧ منى على ما يأتي :

« دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثراتهم » (٢) .

الواردة في صدر الفقرة ، لأنه إذا كان من المرغوب فيه بيع المتقولات لوفاء بالديون ، ولكن « إذا أمكن ترتيب تأمين عليها ، كان ذلك أصح للورثة والدائنين على السواء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١) .

وبعرض هذا النص لدائني التركة الذين ليس لهم تأمين خاص على أموال التركة ، ولم يعلموا بالتكليف الذي وجهه المصنف للدائنين ، بل قد يكونون لم يعلموا بموت المدين . فلم تظهر الديون التي لهم على التركة في قائمة الجرد ، ولم يستطيعوا المنازعة في القائمة لجهلهم بها . فهؤلاء يبقون في الغالب مجهولين حتى تتم التصفية . ويستولي كل وارث على نصيبه على اعتبار أنه خالص من الديون . لاشك في أن هؤلاء الدائنين تبقى حقوقهم قائمة ماداموا لم يستوفوها ، ويستطيعون الرجوع بها على أموال التركة ما بقيت هذه الأموال في أيدي الورثة . إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فإذا رجع أحد منهم على عين للتركة في يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذا العين ، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته في الدين .

لكن إذا تصرف الوارث في عين للتركة ، أو رتب عليها حقاً عينياً كرهن لأجنبي حسن النية لا يعلم إن هناك دائنين للتركة لم يستوفوا حقوقهم ، لم يستطع هؤلاء الدائنون أن يتبعوا العين أو يتقدموا على الأجنبي ، حتى لو لم يشهر حق الإرث أو شهر ولم تنقضي سنة من وقت شهره واستطاع الدائنون أن يؤشروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث قبل انقضاء هذه السنة . ذلك لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائني التركة الذين لم يتقدموا في التصفية ، وإذا كانت التصفية لانحصى الورثة من هؤلاء الدائنين مادامت أعيان التركة باقية في أيديهم ، فلأنها تحمي الغير . ومن يتعامل مع الوارث بحسن نية بعد انتهاء التصفية من حقه أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من الديون ، فلا يجوز لدائن لم يظهر في التصفية أن يتبع عيناً للتركة تحت يده أو أن يتقدم عليه فيها . وإنما يجوز لهذا الدائن أن يرجع على الوارث

= ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٥٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الذى تصرف في هذه العين أورتب عليها حقاً عينياً ، وذلك - كما تقول
المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - « في حدود ما عسى أن يكون
قد أخذه مقابلاً لمال الشركة ، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان
مقايضة والعوض إذا كان هبة » (١) والرجوع هنا يكون بسبب إثراء الوارث
على حساب الدائن . وهذا كله دون إخلال برجوع الدائن على الوارث
الذى تصرف في العين عن طريق غير طريق الإثراء هذا ، وذلك بأن
يرجع الدائن على أعيان الشركة التى لا تزال باقية في يد هذا الوارث كما
سبق القول .

٦١ - تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف - نصى قانونى :

تنص المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى :

« يتولى المصنف : بعد تسوية ديون الشركة ، تنفيذ الوصايا وغيرها
من التكاليف » (٢) .

ويعرض هذا النص لما يبقى بعد سداد الديون من التكاليف على الشركة .
وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « بعد سداد
ديون الشركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومن التكاليف ما عسى
أن يكون على الشركة من ضريبة لخزينة الدولة » (٣) ، وضريبة التركات
تستوفى من الشركة بعد سداد ديونها ، إذ هى تفرض على صافى أموال الشركة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٩
في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٨٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٨٥٩ م (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٩٠٢ م (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني ٧ مقابل .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٢ .

والوصية تنفذ في حدود ثلث أموال التركة بعد سداد ديونها أيضاً إذ أن ديون التركة تقدم على الوصايا ، وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، وسنبحث الوصية فيما يلي .

فالمصني إذن ، بعد أن يوفى ديون التركة وهي مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى ، ينفذ التكاليف التي على التركة ، وينفذ الوصايا إن وجدت في الحدود المتقدمة الذكر (١) .

§ ٤ — المرحلة الرابعة — تسليم أموال التركة للورثة نهائية من الديون

وقسمة هذه الأموال

٦٢ — المرحلة التي تتختمها هذه المرحلة : بعد أن يسدد المصني الديون والوصايا والتكاليف ، يكون ما بقي من أموال التركة ملكاً خالصاً للورثة ، إذ يكون قد تحقق المبدأ القاضي ألا تركة إلا بعد سداد الديون تحقيقاً عملياً . فعلى المصني أن يسلم للورثة ما بقي من أموال التركة ، كل بحسب نصيبه في الإرث . ولكن هذه الأموال تكون شائعة بين الورثة ، ومن ثم يجوز لأي وارث أن يطلب من المصني أن يسلمه نصيبه مفرزاً ، فيتعين على المصني عندئذ أن يقوم بالقسمة . وتسرى على القسمة القواعد المقررة لها ، إلا أن هناك أشياء ثلاثة تنفرد بأحكام خاصة : (١) الأوراق العائلية والأشياء التي تنصل بعاطفة الورثة نحو المورث . (٢) المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري انذى عسى أن يوجد في التركة . (٣) الديون التي للتركة على الغير . وقد يقوم المورث نفسه حال حياته بقسمة تركته على ورثته عن طريق الوصية ، وهذا ما يسمى بقسمة المورث . ولما كانت هذه القسمة تتناول أموال التركة والورثة والديون التي على التركة ، وهذه كلها لا تتحدد نهائياً إلا عند موت المورث ، فيجب وضع قواعد خاصة للحالات

(٦) وإذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة أخرت عن ديون التركة فتتقدم هذه عليها ، وقدمت على أنصبة الورثة فيقدم الموصى له على الورثة في حدود ثلث التركة ، ويتقاضى نصيبه أولاً والباقي من التركة يقسم على الورثة بحسب أنصبتهم في الميراث (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٤) . وإذا كانت الوصية بعين معينة أو حصّة شائعة في عين معينة : واضطر المصني أن يوفى الدين كله أو بعضه من هذه العين ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين انذى استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاة الديون (م ٢٩ من قانون الوصية) .

التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة.

فالمسائل التي يجب بحثها في هذه المرحلة الرابعة هي إذن : (١) تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة (م ٨٩٩ - ٩٠١) . (٢) قسمة المصنّى للتركة (م ٩٠٢ - ٩٠٤) - (٣) أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها (م ٩٠٥ - ٩٠٧) . (٤) قسمة المورث (م ٩٠٨ - ٩٠٩ و م ٩١٢) . (٥) الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة (م ٩١٠ - ٩١١ و م ٩١٣) .

٦٣ - تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة - نص من قانونية :

تنص المادة ٨٩٩ مدني على ما يأتي :

« بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعي » .

وتنص المادة ٩٠٠ مدني على ما يأتي :

١ - « يسلم المصنّى إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة » .
٢ - « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » .

وتنص المادة ٩٠١ مدني على ما يأتي :

« تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلماً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلان ، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٩٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٣ ص ٢٦٤) .

م ٩٠٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧١ في المشروع النهائي .

وتعرض هذه النصوص لتسليم المصنئ للورثة ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها ، أى بعد سداد ديونها وتنفيذ التكاليف والوصايا . ذلك أن التركة بعد هذه التصفية تصبح ملكاً خالصاً للورثة كما قدمنا ، فيسلمها المصنئ لهم ، كل بحسب نصيبه في الإرث . وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث . لا من وقت التسليم فحسب . ولكنهم لا يستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التي تنظر في شؤون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة ، وهم في ذلك كالورثة في التركة التي لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف في أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث .

والمحكمة تسلم لكل وارث ، بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقي من أعيان التركة ، سند ملكيته للأموال الموروثة المشار إليه فيما تقدم . وهذا السند هو شهادة الإرث ، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقدم لها إعلماً شرعياً بالوراثة^(١) ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام كحكم صادر من

= ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

م ٩٠١ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٠ - ٨٦٢ (موق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠٣ - ٩٠٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تريب على المحكمة إن هي اعتدت في قضائها بنبوت الوراثة على إشهاد شرعي لم ينازع فيه أحد (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٦) . وانظر في حجية الاعلام الشرعي لإثبات الوراثة ما لم يتقضه حكم : استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٢٠ - =

المحكمة المختصة باستحقاقه في الإرث إذا ما أنكر عليه باقي الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم في مواجعتهم^(١) . وهذه الشهادة التي يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه في التركة ، وتعين أموال التركة التي آلت إليه بعد التصفية^(٢) . ويستطيع الوارث

٢٢ فبراير سنة ١٨٩٣ م ص ٥ ص ٢١٢ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ص ٧ ص ١١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ م ص ١٠ ص ١٦٣ (لاحجية للإعلام الشرعى إذا ناقض إقرار بمن يشهد لصالحه) - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م ص ١٧ ص ١٨١ (لاحجية للإعلام الشرعى الصادر من محكمة شرعية أجنبية ولم تراجع سلطة مصرية مختصة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ص ١٨ ص ٢٤ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ص ٣٧ ص ١٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ص ٣٩ ص ٢٣١ (حجية الإعلام الشرعى ما لم ينقضه دليل مخالف) - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ص ٤٤ ص ٢٩١ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ص ٥٠ ص ٣٦٢ (رفض تحرير الإعلام الشرعى إذا نازع أحد الورثة ويجب في هذه الحالة رفع دعوى الإرث) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الإعلام الشرعى بتحقيق الوفاة والوراثية الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة (نقض مدنى ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٠٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الشرعية القاضى بمنع التعرض في بعض التركة ، إذا كان مؤسسا على ما قضى به من ثبوت الإرث المبني على النسب ، يعتبر حكما موضوعيا بالوراثة (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١٤) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن المشرع أراد أن يضمن على شهادة الوفاة والوراثة حجية مالم يصدر حكم على خلافها ، ومن ثم جاز للنوى الشأن ممن لهم مصلحة في الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه ، سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأة أم في صورة دفع (نقض مدنى سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٨ ص ٢٤٠) - وانظر نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٦١٩ - ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠٦ ص ١٤٨٠ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٠ مرافعات على أن « يصدر قاضى الأمور الوقفية أمراً على عريضة ... (رابعاً) بتسليم كل وارث شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتعين مقدار نصيبه فيه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة ، وذلك بناء على طلب الوارث وبعد أخذ رأى المصنى كتابة . (خامساً) بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصنى عن الأعمال التى قام بها أو من استعان بهم من أهل الخبرة » . هذا ويجوز لقاضى الأمور الوقفية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ، ويأمر بإعلان ذوى الشأن جلسة يحددها في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب منعقدة بهيئة غرفة مشورة » .

أن يشهر حقه في الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة ، إذ هي تتضمن كل البيانات اللازمة .

وليس من الضروري أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يوثر إليه من أموال التركة . فقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدني تنص على ما يأتي : « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » . فمن المحتمل ، بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد ، وهو ثلاثون يوماً من يوم إخطار آخر وارث بايداع القائمة قلم كتاب المحكمة ، أن يتبين ، من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات ، أن التركة ظاهرة اليسار وأن المصنف ليس في حاجة للاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها . ففي هذه الحالة يجوز للوارث أن يطالب المصنف بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه في الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها المصنف في تصفية التركة ، فيسلمه المصنف ما طلبه على أن يخضع من نصيبه النهائي في الميراث . ويطالب المصنف الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها بحسب مقدار يسار التركة ، فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لا يتضمن تسليم الوارث لشيء من أموال التركة أي خطر ، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين في النهاية أن المال الذي تسلمه الوارث لازم لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال . وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه ، دون انتظار لنهاية التصفية وتسليم شهادة الإرث^(١) .

٦٤ - قسم المصنف للتركة - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٠٢

مدني على ما يأتي :

« لكل وارث أن يطلب من المصنف أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً ، إلا إذا كان هذا الوارث مازماً بالبقاء في الشيوع بناء على اتفاق أو نص في القانون » .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٦ .

وتنص المادة ٩٠٣ مدني على ما يأتي :

١ - إذا كان طلب القسمة واجب القبول ، تولى المصني إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع .

٢ - فإذا لم يتعقد إجماعهم على ذلك ، فلي المصني أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون ، وتستترل نفقات الدعوى الدعوى من أنصباء المتقاسمين .

وتنص المادة ٩٠٤ مدني على ما يأتي :

وتسرى على قسمة التركة القواعد المقررة في القسمة . وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالفين وبامتياز التقاسم . وتسرى عليها أيضاً الأحكام الآتية (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٠٢ : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٢٣٥ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وكان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك فللقاضي الجزئي أن يأمر . بناء على طلب ذي شأن ، بوقف تقسيم التركة أو بعض أعيانها ، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدي إلى نقص محسوس في قيمة المال » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٢ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية وذلك نتيجة لحذف نص يماثلها كان قد ورد في القسمة (م ١٢٠٢/٢ من المشروع التمهيدى وقد حذفت في لجنة المراجعة لعدم الموائمة مع حكمها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

م ٩٠٣ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٢ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠) .

م ٩٠٤ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٠ - ص ٢٧١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

ومقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٦٣ - ٨٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠٦ - ٩٠٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

وتعرض هذه التصوص لحالة ما إذا طلب أحد الورثة (١) من المصنف أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزا . فان أموال الشركة بعد تصفيتها تكون شائعة بين الورثة . ولما كان لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع إلا باتفاق كما هو الأمر في ملكية الأسرة أو بنص في القانون كما هو الأمر في الشيوع الإجباري ، فان الوارث الذي يطلب تسلم حصته مفرزة ، إذا لم يوجد اتفاق أو نص يمنعه من التقدم بهذا الطلب ، لا بد أن يجاب إلى طلبه . ويتعين على المصنف في هذه الحالة أن يجرى قسمة أموال الشركة ، حتى يفرز نصيب الوارث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزا ، تولى المصنف تجنب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة ، فان لم يتفقوا جميعاً ، رفع دعوى القسمة وتكون نفقاتها على الورثة ، ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة ، ويترتب عليها نفس الأحكام » (٢) . ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والاستحقاق ، ونقض القسمة للغب ، وامتياز المتقاسم ، وقد سبق بيان ما يتعلق بالتعرض والاستحقاق وبالغب : وسيأتي بيان امتياز المتقاسم عند الكلام في التأمينات العينية .

٦٥ - أحكام خاصة بتفرد بها بعضه أموال الشركة عند قسرتها -

الأوراق العائلية وما إليها والمستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري والديون التي للشركة - نصوص قانونية : وقد أفرد القانون بعض أموال الشركة عند قسمتها بأحكام خاصة .

فصت المادة ٩٠٥ مدني على ما يأتي : « إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لأحد الورثة مع استئصال قيمتها من نصيبه في الميراث أو دون استئصال ، ويراعى في ذلك ما جرى عليه العرف

(١) أو الموصى لهم بسهم شائع في الشركة ، فانه يعتبر شريكاً في الشيوع مع الورثة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ .

وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية ^(١) .

فالأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث .
كذكراته وشهاداته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه
من ذكريات مادية كالأسلحة وأصول المؤلفات والمكتب الذي كان يقعد إليه
والقلم الذي كان يكتب به وما إلى ذلك ، إذا اتفق الورثة على أمر في شأنها ،
نفذ هذا الاتفاق . أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها ، تولت
المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية البت في شأنها . مستلهمه في ذلك
العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة . فقد تأمر ببيعها
وتوزيع ثمنها على الورثة ، وقد تعطيها لوارث معين هو ألبق الورثة باقتنائها
بعد استئصال قيمتها من نصيبه في الإرث ، أو دون استئصال إذا تمحضت
قيمتها في عنصرها المعنوي .

ونصت المادة ٩٠٦ مدني على ما يأتي : « إذا كان بين أموال التركة
مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها :
وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع
به . وثن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستأثر من نصيب الوارث
في التركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل : خصص
لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تنقل عن ثمن المثل ^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٨ من المشروع التمهدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٦ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٩٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

ولا مقابل هذا النص في التقنين المدني السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٩ من المشروع التمهدي على الوجه
الآتي : « إذا كان من أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري ، وجب تسليم
هذا المستغل باعتباره واحده اقتصادية قائمة بذاتها لمن يطلبه من الورثة ، إذا كان أقدرهم على » .

فالمستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري الذي يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها . كبستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور وكصنع وكحل تجاري ، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية ، فلا يصح تقسيمه وإلا كان في ذلك انتقاص كبير من قيمته . فيعطى المستغل برمته لأقلد الورثة على استئلاله ، ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد . ويستترل هذا الثمن من نصيب الوارث الذي أعطى له المستغل ، فإذا لم يف نصيبه بضمن المستغل ألزم بدفع الفرق . فإذا تساوى وارثان أو أكثر في القدرة على الاستغلال ، أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل . وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال . يبع المستغل لأجنبي طبقاً لتقواعد المقررة في القسمة ، ووزع ثمنه على الورثة . وإذا لم يوجد في التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة . ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه ، أعطى له ، ويكتفى بآقى الورثة كل بحصته في الثمن بنسبة نصيبه في الإرث .

الاضطلاع به ، عل أن يراعى في تقدير الثمن ما ينتجه هذا المستغل ، وأن يستترل هذا الثمن من نصيب الوارث في التركة » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٧ في المشروع النهائي ؛ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ روى أن يكون تقويم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده وإنما بحسب قيمته . لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل ، ولذلك استبدلت عبارة « يقوم بحسب قيمته » بعبارة « بقدر باعتبار قيمة إيراده » . وأضيف إلى الشق الأخير من النص عبارة « فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل » . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدق الجديد وصار رقمه ٩٠٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدق السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدق السوري م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدق الليبي ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدق العراقي لا مقابل

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

ونصت المادة ٩٠٧ مدني على ما يأتي : « إذا اختصر أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

ويلاحظ في صدد هذا النص أنه يعرض للديون التى للتركة ، أى للحقوق الشخصية (créanciers) التى يكون فيها المورث دائناً لأجنبى . وهذه الحقوق الشخصية لا تدخل في الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل هى تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة ، كل بنسبة حصته في الميراث (٢) . فإذا وضع كل الحق الشخصى عند القسمة في نصيب أحد الورثة ، فانما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم . أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق ، فانه بموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته . ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذى وقع في نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق (٣) . ولكن هؤلاء الورثة لا يضمنون للوارث الذى اختصر بالحق وحده إعسار المدين بعد القسمة إلا إذا وجد اتفاق يقضى بذلك ، كما نقول المادة ٩٠٧ مدني سالفه الذكر . فهم إذن يضمنون للوارث ، دون اتفاق ، إعسار المدين عند القسمة . وفي هذا تشديد للاضمان الذى تقرره

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٨ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٧٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة ، وإن كان أصداً مورث ، إلا أنه مادام بطبيعته قابلاً للتقسيم ، فهو يتقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٠١ ص ١٢٧٨) .

(٣) أنظر ما قدمناه في هذه المسألة عند الكلام في القسمة : الوسيط ٨ فقرة ٥٧٩ .

القواعد العامة ، إذ تنص المادة ١/٣٠٩ مدني على أنه « لا يضمن الهيل يسار المدين ، إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » . فالهيل لا يضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ، ولا يضمن يسار المدين في هذا الوقت إلا باتفاق خاص . أما هنا في قسمة التركة ، حيث تقتضي القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين ، فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك . أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول المدين ، فهذا الذي يقتضي اتفاقاً خاصاً كما تقتضي بذلك المادة ٩٠٧ مدني التي تقدم ذكرها .

٦٦ - قسمة المورث - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٠٨ مدني على ما يأتي :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » .
وتنص المادة ٩٠٩ مدني على ما يأتي :

« القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً : وتصبح لازمة بعد وفاة الموصي » .

وتنص المادة ٩١٢ مدني على ما يأتي :
« تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة .
عدا أحكام الغبن » . (١)

(١) تاريخ النصوص :

٩٠٨ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٤١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته بوصية مكتوبة في ورقة رسمية ، على أن يراعى في ذلك القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٩ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتي : « يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته ، على أن يراعى في ذلك أحكام الوصية والقواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية » ، وسبب التعديل العمل على تنسيق النص مع نص المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ وضع نص جديد هو نفس النص الوارد في قانون الوصية لتنسيق بين القانون المدني وقانون الوصية ،

وتعرض هذه النصوص لقسمة المورث ، وهي القسمة التي يجريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته ، وتكون في صورة وصية يجوز الرجوع فيها . ولو لم يجز الرجوع فيها لكانت تعاملاً في تركة مستقبلية وكانت باطلة ، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناة من حكم بطلان التعامل في التركة المستقبلية . والمادة ٩٠٨ مدني سالفه الذكر تقرر المبدأ العام في هذه المسألة ، وهي منقولة من المادة ١٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التي تجرى على الوجه الآتي : « تصح الوصية بقسمة

« فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٩) .
٩٠٩ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولكن لا يتم الرجوع إلا إذا كان في ورقة رسمية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٠ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وذلك لتنسيق بينه وبين المادة ١٣ من قانون الوصية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠) .

٩١٢ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١ - « تسري في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان التعرض والاستحقاق وما يتعلق منها بالنين وبامتياز التقاسم .
٢ - وعلى الوارث الذي يعطى في القسمة بالنين أن يرفع دعواه في السنة التالية لتسليم أموال التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « تسري في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام النين » ، وقد استبدلت أحكام النين دفماً للتدخل بين أحكام الوصية وأحكام النين . وحذفت الفقرة الثانية تمثيلاً مع استبعاد أحكام النين . فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩١٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدله بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٥) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٩ - ٨٧٠ وم ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٢ - ٩١٣ وم ٩١٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

أعيان التركة على ورثة الموصى . بحيث يعين لكل وارث أول بعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاء الموصى . فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة ، كانت الزيادة وصية . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية في صدد هذا النص : « مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي يراها . فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة . وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له . ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة : يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة . فان كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد : قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزیدة بنسبة مازاده لكل منهم . ورد الباقي إلى التركة » .

وليس من الضروري أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته . بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم ، ويكون باقي التركة للباقي من الورثة شائعاً بينهم . ومن أفرز المورث نصيبه في التركة لا يجوز أن يزيد قيمة نصيبه على استحقاقه في الإرث إلا بقدر ثلث التركة . إذ تعتبر هذه الزيادة وصية .

وقسمة المورث هي وصية من ناحية . وقسمة من ناحية أخرى . فن حيث إنها وصية . يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته . ولا تصبح لازمة إلا بوفاة (م ٩٠٩ مدني سالفة الذكر) . ومن حيث إنها قسمة . تسرى عليها أحكام القسمة . وبخاصة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وأحكام امتياز المتقاسم . ويستثنى من ذلك أحكام الغن فهي لا تسرى على قسمة المورث ، وقد قدمنا أنه يجوز للمورث أن يعطي أحد الورثة أكثر من استحقاقه وتكون الزيادة وصية . فالزيادة إذن لا تكون غناً بل تعتبر وصية وتنفذ دون إجازة الورثة ما دامت في حدود ثلث التركة . وعلى ذلك وجب استبعاد أحكام الغن (١) .

(١) انظر ماتم في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ١٨٧ هامش ١

٦٧ - الحالات التي لا تتناول فيها قسم الميراث كل أموال التركة أو كل

الورثة أو كل ديون التركة - نصوص قانونية : ولما كان الميراث يقسم تركته بين ورثته حال حياته ، وكانت أموال التركة والورثة وديون التركة لا يمكن معرفتها على وجه التحقيق إلا عند وفاة الميراث ، لذلك كان من الجائز ألا تتناول القسمة كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة . فبقيا يتعلق بعدم تناول القسمة كل أموال التركة ، تنص المادة ٩١٠ مدني على ما يأتي : « إذا لم تشمل القسمة جميع أموال الميراث وقت وفاته ، فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث » (١) . وهذا النص يسري فيما إذا استجد للميراث مال بعد القسمة التي أجراها بين ورثته ، ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد في القسمة قبل موته ، أو لم يرد ذلك . فبقى القسمة التي أجراها في الأموال التي أجريت فيها على ما هي عليه ، أما المال الذي استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته ، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنه لم يدخل في القسمة ، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث (٢) . وقد يقع العكس ويتصرف الميراث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة : فتختل بذلك القسمة التي أجراها بين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) ويلاحظ هنا أنه في حساب المقدار الجائز الإيصاء به لبعض الورثة في القسمة التي أجراها الميراث ، يضاف المال الذي استجد إلى المال الذي أجريت فيه القسمة ، فيكون المقدار الجائز الإيصاء به هو ثلث هذا المجموع .

الورثة . ولما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية ، فإن تصرف المورث في بعض الأموال التي أدخلها في القسمة يعتبر عدولاً عنه عن الوصية . فقسمة القسمة ، وتكون الأموال التي يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة ، فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة » . (١)

وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل الورثة ، تنص المادة ٩١١ مدنى على ما يأتى : « إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا القسمة ، فإن الحصة المقررة التي وقعت في نصيب من مات توول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث » . (٢) وهذا النص يسرى فيما إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل النص فقرته الثانية تسبقها فقرة أولى تجرى على الوجه الآتى : « إذا لم يدخل في القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث ، كانت القسمة كلها باطلة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٢ في المشروع النهائى . وفي لجنة «شؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى ليتسق النص مع المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية التي تمكن المورث من إفراد نصيب بعض الورثة إذا رأى الاقتصار على ذلك » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

« وإذا نقصوا (الورثة الذين دخلوا القسمة) بأن مات أحدهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغير أنصباؤه الباقي بعد هذا الموت ، فإن الحصة المقررة التي وقعت في نصيب من مات تووّل شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم في الميراث . وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباؤه بهذا الحجب ، بطلت القسمة^(١) . وهناك فرض ثان ، هو أن يزيد الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية بالقسمة : سواء دخل كل الورثة الموجودين وقت الوصية القسمة أو دخل بعضهم فقط . وفي هذا الفرض تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وفيما يتعلق بالورثة . إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية : فإن القسمة تصبح باطلة^(٢) . وذلك لأن أنصباؤه الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة . بئى الفرض الأخير . وهو أن يدخل بعض الورثة دون بعض في القسمة . ويبقى الورثة وقت الموت كما كانوا وقت الوصية بالقسمة . وفي هذا الفرض تبئى قسمة المورث صحيحة . إذ يكون المورث قد أفرز نصيب بعض الورثة دون بعض . ولم تتغير أنصباؤه الورثة وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة . وهذا جائز طبقاً لصريح نص المادة ٩٠٨ مدنى والمادة ١٣ من قانون الوصية . وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل ديون التركة . تنص المادة ٩١٣ مدنى على ما يأتى : « إذا لم تشمل القسمة ديون التركة . أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة . جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين . أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥ . على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات التي بنيت عليها^(٣) . ويلاحظ في هذا الصدد أن قسمة المورث للديون التي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقول « جاز عند عدم اتفاق الورثة على تسوية الديون » . وفى لجنة المراجعة استبدل بهذه العبارة عبارة « جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين » . وصار النص رقم ٩٨٤ في المشروع النهائى -

على التركة بين الورثة يجب ، حتى تكون نافذة في حق دائي التركة ، أن يوافقوا عليها . فإذا لم يوافق الدائنون على القسمة ، أو لم تشمل القسمة ديون التركة . فإن التركة تبقى مثقلة بهذه الديون . فإذا استطاع الورثة أن يتفقوا مع الدائنين على تسوية هذه الديون ، نفذ ما اتفقوا عليه جميعاً في هذا الشأن . وإذا لم يستطع الورثة الاتفاق مع الدائنين ، فإن قسمة المورث تكون غير كاملة إذ لم تدرج فيها الديون . ويجوز عندئذ لأي وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدني التي - سبق ذكرها . فتوزع المحكمة الديون المؤجلة وأموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث (م ٨٩٥ مدني) ، وترتب المحكمة التأمينات الكافية على أموال التركة لضمان حقوق دائي التركة طبقاً لأحكام الفقرتين الأخيرتين من المادة ٨٩٥ مدني . وتلتزم المحكمة في كل ذلك ، بقدر الإمكان ، القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التي بنيت عليها هذه القسمة ، فلا تنحرف عنها إلا لضرورة : حتى تحترم بذلك وصية المورث بقدر المستطاع .

المبحث الثالث

شهر حق الإرث

- ٦٨ - موضوع من الإرث للشهر منز قانون تنظيم الشهر العقاري :
 لم يستقص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ استقصاء تاماً المحررات
 - ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٢ ، فجلس الشيوخ رقم ٩١٣ (مجموعة الأعمال
 التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٨) .
 ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري . . م ٨٧٤ . (مطابق) .
التقنين المدني الليبي . . م ٩١٧ . (مطابق) .
التقنين المدني العراقي لا مقابل .
قانون الملكية المتأريّة اللبناني لا مقابل .
 (١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ .

التي يجب شهرها . فقد اقتصر في التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك الوقائع والتصرفات التي تنقل الملك بسبب الموت وهي الإرث والوصية . وقد كان عدم شهرها ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره التقنين المدني السابق . فبقى ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره قانون التسجيل . فالوصية تصرف قانوني . ولكنها ليست بعقد من جهة وهي من جهة أخرى تنقل الملك بسبب الموت لافيا بين الأحياء ، ومن ثم لم تكن خاضعة للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . وكذلك حق الإرث لم يكن خاضعاً للتسجيل طبقاً لهذا القانون ، فالإرث ينقل الملك بسبب الموت لافيا بين الأحياء ، وهو ليس بعقد ، بل هو ليس بتصرف قانوني إذ هو واقعة مادية . وقد كان ذلك سبباً في قصور دفاتر الشهر عن أن تكشف عن تسلسل الملكية العقارية ، فكثيراً ما تنتقل هذه الملكية بالإرث أو بالوصية فتقطع حلقات السلسلة عند ذلك . لهذا لم يكن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ أساساً صالحاً للتمهيد لنظام السجل العيني مع وجود هذه الثغرات فيه . وقد سد هذه الثغرات قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . ولا يزال معمولاً به حتى الآن . فقد استغنى هذا القانون جميع التصرفات الواجب شهرها . منشئة كانت أو كاشفة . فدخل فيما يجب شهره جميع التصرفات . سواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية ، وكانت الوصية لا تخضع للتسجيل من قبل كما سبق القول . وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية (١) .

(١) الوسيط : ٤ فقرة ٢٦١ ص ٥٩٤ ؛ و فقرة ٢٦٣ ص ٦٤٤ . ونقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « ولعل نص هذه المادة والمادة التي تليها أم ما أتى به المشروع المرافق من أحكام جديدة في صدد المحررات الواجب شهرها . ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها في هاتين المادتين ، تمهيداً وتيسيراً لوضع نظام السجلات العينية ، إذ لوحظ في شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر في الماضي كان سبباً من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية في البلاد » .

فحق الإرث إذن لا يخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري، منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وعلى ذلك فحقوق الإرث التي نشأت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، بموت المورث قبل قبل هذا التاريخ ، لا تخضع للشهر وتنتقل فيها الملكية للورثة ، ويستطيع هؤلاء أن يتصرفوا في العقارات التي ورثوها وتشهر تصرفاتهم دون حاجة إلى شهر حق الإرث . على أن قانون تنظيم الشهر العقاري نص في المادة ٥٣ منه على أن « تطبق المواد ٤٨ وما يليها على حقوق الإرث التي تنشأ ابتداء من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون . أما حقوق الإرث السابقة على هذا التاريخ ، فلا تطبق في شأنها المواد المذكورة إلا اختياريًا » (١) . فالقانون إذن أباح لمن تلقى حق الملكية بطريق الميراث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ أن يقوم بشهر حق الإرث إذا أراد ذلك ، فالشهر ليس إجبارياً بالنسبة إليه وإن كانت له مصلحة عملية كبيرة في القيام به (٢)

(١) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق صراحة على كل ذلك في الفقرة الأولى من المادة ١١ منه إذ تقول : « يجب شهر حق الإرث إذا كانت الوفاة لاحقة على ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ ، بتسجيل إشارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية . وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من وارث في حق من هذه الحقوق . وإذا كانت الوفاة سابقة على أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فيكون شهر حق الإرث اختياريًا » .

(٢) ويقول الدكتور محمود شوقي توضيحاً لذلك : « لا شك أن للورثة مصلحة كبيرة في الاتجاه إلى شهر حق الإرث المتعلق بهم ، سواء أكانت التركة قد آلت إليهم قبل أم بعد تنفيذ قانون الشهر العقاري . وذلك لأن شهر هذا الحق يقتضي من جانب مكاتب الشهر ومأمورياتها فحص أساس الملكية من الساحيتين القانونية والهندسية ، وتسليم ذوى الشأن عقب إجراء الشهر مستندات كفيلة ببيان حقيقة حقوقهم وصحة حدود ومساحات العقارات التي آلت إليهم ، مما يسر عليهم الوقوف على بيان المقادير المضيطة لهذه العقارات وإجراء أى تصرف لاحق دون حاجة إلى فحص جديد . ويزيد من أهمية هذا الإجراء أن مأموريات الشهر العقاري وأقلامها الهندسية تقوم بضبط ملكية العقارات وحقيقة مساحتها وبيان موقعها على الطبيعة وفي الخرائط وتحديد ما تحديداً لا يقبل الشك بوضع حدائد عليها عند الاقتضاء ، مما يجعل الورثة على بينة من كافة عقارات للتركة ويقضيهم عن القيام بهذه البحوث على حسابهم الخاص ، فيحقق لهم بذلك -

٦٩ - كيف يتم شهر من الإرث طبقاً لقانونه تنظيم الشهر العقاري :

تنص المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق . ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الوراثة (١) » .

ويتبين من هذا النص أن انتقال ملكية أموال التركة إلى الوراثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري على

= توفير كثير من الجهد والذل ، فيما يتحقق غرض المشرع في ضبط جميع تصرفات الملكية توفية تنفيذ نظام السجل العيني . وتظهر قيمة إجراء شهر حق الإرث إذا ما علمنا أنه المورث قلما يطلع الوراثة على حقيقة أملاكه العقارية أو يشركهم في أعماله ليعلموا مدى حقوقهم ومقاديرها الصحيحة . فإذا ما التجأ الوراثة إلى إجراء شهر حق الإرث ، وجدوا في الهيئة القائمة على أمر الشهر خبر عون لهم على ضبط حقيقة ملكيتهم العقارية : (محمود شوق في الشهر العقاري عنماً وغلات ص ٤٠٢ - ص ٤٠٣) .

وإذا ثبت حق الإرث نوارث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وقام اختياراً بشهر هذا الحق ، فإنه يصعب القول بأن دائن التركة ، حتى يحتفظ بحق التبع وحق التقدم ، يتعين عليه أن يوثق بحقه على هامش تسجيل حق الإرث . فدائن التركة التي فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كان له حق التبع وحق التقدم . دون إجراء أى شهر لدين الذي له طبقاً للأحكام التي كان معمولاً بها قبل قانون الشهر العقاري . فن حقه أن يطمئن إلى هذا المركز الذي كسبه ، ولا يزمه أن يتكلف البحث في مكاتب الشهر المختلفة التي توجد فيها عقارات التركة ليرى هل شهر نوارث حق إرثه ليؤثر هو بحقه . مادامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ (أنظر عكس ذلك محم على عرفة ٢ فقرة ٢٨٤) .

(١) ين هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والوثيق (م ١١/٢ من المشروع) . فيما عدا الإيضاح النواردي الفقرة الأولى من المادة ١١ من المشروع وقد سبق بيانه (أنظر آنفاً ص ١٩٥ هامش ١)

وتنص المادة ٢٢٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على ما يأتي : « يكتسب الوارث بطريق الوراثة عقارات متوافقة على التركة . غير أنه لا يمكنه الصرف فيها تجاه الغير إلا بعد تسجيلها في السجل العقاري » .

شهر عقد البيع ، بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث كما سبق القول . ولكن الوارث إذا تصرف في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث ، لا يجوز شهر تصرفه هذا كما سئرى .

ويجوز أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن فى هذا هم الورثة ، فيجوز لأى وارث ، أو لمن يقوم مقام الوارث كالوكيل والولى والوصى والقيم ، أن يقوم بهذا الشهر . ويعتبر ذا شأن ، فيجوز له أن يقوم بالشهر ، دائن التركة والموصى له ومن تصرف له الوارث ومصطفى التركة . أما الدائن فيشهر حق الإرث حتى يتمكن من أن يؤثر على هامش التسجيل بحقه . فيكون له حق التبع وحق التقدم فى عقارات التركة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . وأما الموصى له فيستطيع أيضاً أن يقوم بشهر حق الإرث إذا كان دائناً للتركة ، وشأنه فى ذلك هو شأن الدائن (١) . وأما من تصرف له الوارث فانه لما كان لا يستطيع شهر التصرف الصادر له من الوارث إلا بعد شهر حق الإرث ، لذلك تكون له مصلحة فى شهر هذا هذا الحق وله أن يقوم به . ولمصطفى التركة أن يقوم بشهر حق الإرث لأنه ينوب عن الورثة . وهو بشهره حق الإرث يحمل الدائنين العاديين للتركة على أن يؤثروا بحقوقهم على هامش التسجيل ، فيكون هذا الشهر هو إحدى الوسائل للكشف عن هؤلاء الدائنين .

والمحرر الذى يسجل هو السند المثبت لحق الإرث . ويعتبر سنداً مثبتاً لحق الإرث إعلام الوراثة . والحكم النهائى الصادر بثبوت هذا الحق فيما إذا قام نزاع بين الورثة واستصدر كلهم أو بعضهم حكماً نهائياً بثبوت حقهم فى الإرث . وشهادة الإرث التى تعطىها المحكمة للوارث فيما إذا خضعت التركة للتصفية الجماعية على النحو الذى سبق بيانه . وإذا اشتملت التركة على عقارات ، وجب أيضاً أن يسجل . إلى جانب السند المثبت لحق الإرث قوائم جرد التركة بما تشتمل عليه من بيانات عن هذه العقارات .

(١) والموصى له بسهم شائع فى التركة ، كربع التركة أوثلثها ، يجوز له أيضاً شهر حق الإرث ويشهر فى الوقت ذاته الوصية الصادرة له بالسهم الشائع . ويجوز أن يشهر حق الإرث الموصى له بنصيب وارث معين أو بنصيب وارث غير معين (م ٤٠ - ٤٢ من قانون الوصية) . انظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٦ .

ولا يدفع رسم عن شهر حق الإرث ، وذلك حثا للورثة على القيام بهذا الشهر^(١) . على أن ذلك لا يعنى طالب شهر حق الإرث من دفع الرسوم الفرعية وهى رسوم التصوير ورسوم الحفظ^(٢) ، لأن كلا من التصوير والحفظ تقوم به الهيئة التى تباشر عمليات الشهر لمصلحة الورثة أنفسهم فهى فى مقابل خدمات أدت فهم ، وهى بعد رسوم ضئيلة لإرهاق فيها .

وجزاء عدم شهر حق الإرث ليس هو عدم انتقال ملكية العقارات إلى الورثة ، وإلا بقيت هذه العقارات دون مالك فى الفترة ما بين موت المورث وشهر حق الإرث . فلكية عقارات التركة إلى الورثة : كما تنتقل ملكية منقولاتها . بمجرد وفاة المورث كما قدمنا . ولكن إذا تصرف الوارث فى عقار للتركة قبل شهر حق الإرث . كأن باعه أو رهنه أو أجرى القسمة فيه . فإن تصرفه هذا لا يجوز شهره . ويجب على الهيئة التى تقوم على أعمال الشهر أن تمتنع عن شهر هذا التصرف حتى يتم شهر حق الإرث . والخزاء على هذا النحو غير كاف . فكثير من الورثة يتلقون عقارات التركة ويتملكونها بمجرد وفاة مورثهم . ولا يعينهم بعد ذلك أن يشهروا حق الإرث ما داموا يستبقون هذه العقارات فى أيديهم ولا يتصرفون فيها .

ولما كان الشهر يتم فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة . فمن الجائز أن يتم هذا الشهر بالنسبة إلى عقار واحد أو بعض عقارات التركة دون باقى العقارات فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته هذا العقار أو هذه العقارات . وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشهر

(١) أما مشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والوثيق . فقد نصت الفقرتان الأخيرتان (٤٠٣) من المادة ١١ منه على ما يأتى : « ويكون شهر حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل الشهر إلا بعد أداء الرسم المقرر على نقل الملكية أو الحق عينى . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة لحقوق الأثر القائمة من تاريخ العمل بهذا القانون . »

وهذا النص فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والوثيق يمتشى مع نص المادة ٣٠ من قانون السجل العنى (أنظر ما يلى فقرة ٧١) .

(٢) وصفاً ليس صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٨ يضيف فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن رسوم السجل ورسوم الحفظ ، وهذا نصها : « كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التصوير على الخردات المتعلقة بشهر حق الإرث . »

العقارى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة » . فلو أن التركة لها ورثة ثلاثة لكل منهم الثلث ، وقصر شهر حق الإرث على العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاص أحد مكاتب الشهر دون العقارات الأخرى ، وأراد أحد الورثة أن يتصرف فى هذا العقار أو العقارات ، اعتبرت العقارات التى تم الشهر فى شأنها وحدة يبنى على أساسها تصرف الوارث . ولما كان الوارث لا يملك فى التركة إلا الثلث . فهو لا يستطيع أن يتصرف إلا فى حدود هذا الثلث ، على اعتبار أن العقارات التى تم فى شأنها الشهر هى كل التركة . وذلك حتى لو ثبت أن هذه العقارات لا تتجاوز ثلث التركة ، وأن التركة لو قسمت بين الورثة لصح أن تقع كل العقارات التى تصرف فيها الوارث فى نصيبه .

٧٠ - إجراءات شهر من الإرث طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقارى :

تبين المواد ٤٨ - ٥٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى الإجراءات الواجب اتباعها فى شهر حق الإرث . وتتلخص هذه الإجراءات فيما يأتى :

أولاً - طلب شهر من الإرث : يوقع هذا الطلب الوارث طالب الشهر (وفى حالة تعدد الورثة يكتفى توقيع أحدهم عن جميع التركة أو عن جزء منها) ، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولى أو وصى أو قيم ، أو أى ذى شأن ، كدائن التركة ، أو الموصى له ، أو من تلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث كالمشتري أو الدائن المرتهن ، أو مصفى التركة . ويشتمل الطلب على بيانات خاصة بالمورث وهى اسمه ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وصناعته وديانته وجنسيته (١) ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته (٢) ،

(١) وذلك حتى يمكن ، إذا ما ذكرت الديانة والجنسية ، معرفة الجهة المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمورث ومنها تركته ، وكذلك يمكن الوقوف على القانون الواجب التطبيق فى تعيين الورثة وأنصبتهم .

(٢) وذلك لتحديد مكان افتتاح التركة وتعيين القانون الواجب التطبيق إذا ما توفى مصرى فى بلد أجنبى ، أو أجنبى فى مصر ، أو أجنبى فى بلده أو فى بلد آخر ، وكان المتوفى يملك عقارات فى مصر تخضع لقانون الشهر العقارى .

وبيانات خاصة بالورثة وهي أسماؤهم والقابهم وسنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم ، وبيانات خاصة بالعقار أو العقارات التي تشمل عليها التركة وذلك بوصفها وصفا دقيقا وتعيين حدودها ومسطحاتها مع ذكر البيانات الخاصة بما على العقار من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث ، وبيانات خاصة برسم الأيلولة بأن يذكر المبلغ المستحق لمصلحة الضرائب وما دفع منه وما بقي في ذمة الورثة . ويقدم الطلب إلى مأمورية الشهر التي تقع العقارات في دائرتها ، فإذا كانت عقارات التركة تقع في دائرة اختصاص أكثر من مأمورية قدم طلب مستقل لكل مأمورية عن العقار أو العقارات الواقعة في دائرة اختصاصها . ويخضع طلب شهر حق الإرث للشروط التي تخضع لها طلبات الشهر بوجه عام ، من حيث التقديم والمدة والأسبقية بالنسبة إلى ما عداه من الطلبات .

ثانيا - المستندات التي ترفق بطلب شهر من الإرث : ويجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث المستندات المؤيدة لما جاء فيه ، وهذه المستندات هي : (١) إعلام الوراثة أو الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الإرث أو أي سند آخر مثبت لحق الإرث كسند الإرث الذي تسلمه المحكمة للوارث عقب انتهاء التصفية الجماعية للتركة . (٢) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن كان يقوم مقامه أحد ، كقرار الوصاية أو القوامة والتوكيل . وإذا وكل الوارث شخصا في إجراء شهر حق الإرث ، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، لأن شهر حق الإرث يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة فيلحق بأعمال التصرف ، والتوكيل في أعمال التصرف يجب أن يكون توكيلا خاصا . وإذا وكل الوارث غيره في بيع نصيبه في التركة ، كان التوكيل الخاص في البيع توكيلا ضمنيا في شهر حق الإرث ، لأن الوكيل لا يتمكن من البيع إلا إذا أجرى هذا الشهر ، فشهر حق الإرث إجراء من إجراءات البيع (١) . (٣) كشوف رسمية

(١) أنظر محمود شوق في الشهر العقاري علما وعملا ص ٤١١ .

عن عقارات المورث مستخرجه من دفاتر التكاليف وعوائد المباني ، وذلك للثبوت من أن العقارات الميئة في الطاب ، سواء كانت أرضاً زراعية أو مباني ، هي بذاتها التي كان المورث يملكها حال حياته وظلت على ملكه إلى يوم وفاته ، لإمكان مطابقتها على مستندات ملكيته . (٤) مستندات ملكية المورث ، لأن شهر حق الإرث يتوقف على مدى صلاحية هذه المستندات لإثبات ملكية المورث . ومستندات الملكية هي نفس ما أوجب المشرع تقديمه عند بحث طلب الشهر بوجه عام (م ٢٢ سادساً من قانون الشهر العقاري) ، وقد حددت المادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري على سبيل الحصر المحررات التي تقبل مستندات للملكية في الشهر بوجه عام . فإذا تعذر على طالب شهر حق الإرث تقديم هذه المحررات لأنه قد يكون دائناً للتركة أو موصى له أو وارثاً لا يتمكن من الحصول على هذه المحررات ، جاز الإكتفاء بكشف رسمية من دفاتر التكاليف ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وقد أجاز المشرع على هذا النحو لإثبات ملكية المورث لعقارات التركة ، إذا كان سند ملكيته لها هو وضع اليد عليها ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وليس هذا مبنياً على التقادم المكسب للملكية (١) ، بل هو مبني على أن القانون يفترض أن المورث تلقى حق الملكية قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بعقد غير مسجل وفي وقت كانت الملكية فيه تنتقل بمجرد التراضي ، ولا يستطيع طالب الشهر تقديم هذا العقد غير المسجل فاكثى القانون في إثباته بإثبات أن العقارات كانت مكلفة باسم المورث قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ واستمرت كذلك إلى تاريخ الوفاة ، أي أن المورث كان واضحاً اليد عليها طوال هذه المدة (٢) .

(١) يدل على ذلك أن مدة وضع يد المورث على عقارات التركة من سنة ١٩٢٣ إلى تاريخ الوفاة قد تكون في بعض الفروض أكثر من خمس عشرة سنة ، وفي فروض أخرى أقل . فإذا كان تاريخ وفاة المورث هو سنة ١٩٦٠ ، وجب أن تقدم كشوف التكاليف عن سنة ٣٨ سنة ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٦٠ . وإذا كان تاريخ الوفاة هو سنة ١٩٣٢ ، وأراد الورثة باختيارهم شهر حق الإرث بعد سنة ١٩٤٧ ، وجب أن يقدموا كشوف التكاليف من عشر سنوات فقط ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٣٢ (محمود شوق في الشهر العقاري علماً ومعللاً ص ٤١٣) .

(٢) محمود شوق في الشهر العقاري علماً ومعللاً ص ٤١٣ - ص ٤١٤ .

وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث ، وجب أن يقرن الطلب بالسند المثبت لهذا الميراث كاعلام شرعى أو حكم . (٥) شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه (١) . فقد يحدث أن أحد الورثة هو الذى يقوم بشهر حق الإرث ، ويسدد الضريبة المستحقة عليه بالنسبة إلى نصيبه فى التركة ، فتسلمه مصلحة الضرائب شهادة بذلك . وفى هذه الحالة يشهر حق الإرث ، مع التأشير على الشهر بأنه غير صالح إلا فيما يتعلق بالوارث الذى قدم ما يفيد دفعه للضريبة . فإذا ما أراد وارث آخر أن يتصرف ، مستفيدا فى ذلك من قيام الوارث الأول بشهر حق الإرث ، كلفه المكتب المختص بتقديم ما يفيد دفع باقى الضريبة أو على الأقل دفع الجزء من الضريبة المستحق عليه (٢) .

ثالثا - عملية الشهر : فإذا تقدم طلب الشهر مع المستندات المشار إليها ، بحيث الطلب وأشر عليه بالقبول للشهر طبقا للإجراءات المتبعة فى بحث طلبات الشهر بوجه عام . وعند ذلك يقوم طالب الشهر بتحرير قائمة بجرد عقارات التركة المطلوب إجراء الشهر عنها ، ويقدم للمأمورية المختصة هذه القائمة ومعها صورة طلب الشهر المؤشر عليه بالقبول للشهر والمستندات السابق تقديمها مع الطلب فتوشر المأمورية على قائمة الجرد وعلى السند المثبت لحق الإرث بما يفيد صلاحيتها للشهر ، بعد التثبت من اشتغال قائمة الجرد على جميع البيانات الموضحة فى صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر . فسند الإرث وقائمة الجرد هما اللذان يشهران بعد كتابتهما على الورق الأزرق الخاص ، أما المستندات فترفق على اعتبار أنها مؤيدة للشهر ، وتكون جزءا متما له . وإذا تسلم الطالب سند الإرث والقائمة مؤشرا عليها بالصلاحية للشهر ، قدم القائمة إلى مكتب التوثيق للتصديق على توقيعه فيها . ثم يقدم سند الإرث والقائمة المصدق على التوقيع فيها إلى مكتب الشهر المختص لإجراء عملية الشهر النهائى ، طبقا لأحكام المادتين ٣١ و ٣٢ من قانون الشهر العقارى .

(١) وقد نفذ قانون الضريبة على التركات ابتداء من ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٤ ، فإذا كان المورث قد مات قبل هذا التاريخ لم تطلب هذه الشهادة لأن التركة لا تكون خاضعة للضريبة .
(٢) محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٤١٥ - ص ٤١٦ .

٧١ - شهر حق الإرث في قانونه السجل العيني : وقد قدمنا (١)

أنه صدر بعد قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ قانون قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . وسرى عند الكلام في العقد كسب الملكية أن قانون السجل العيني لا يطبق إلا في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل ، وأن قانون تنظيم الشهر العقاري يستمر العمل به في المناطق التي لا يطبق نظام السجل العيني بها . ولما كان لم يصدر إلى اليوم قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيني ، فإن قانون تنظيم الشهر العقاري لا يزال هو القانون المعمول به في جميع أنحاء البلاد . وقد بسطنا أحكامه فيما تقدم بالنسبة إلى شهر حق الإرث .

ونورد هنا النص الخاص بشهر حق الإرث في قانون السجل العيني ، فقد نصت المادة ٣٠ من هذا القانون على ما يأتى : « يجب قيد حق الإرث ، إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث ، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق . ويكون قيد حق الإرث في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار » . والقرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار هو قرار وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني ، ويحدد هذا القرار تاريخ سريانه على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . فتبدأ إذن مدة سريان الخمس السنوات المشار إليها في النص ، بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة ، من تاريخ سريان قرار وزير العدل على قسم من الأقسام المساحية يكون فيه الموزث قد مات قبل سريان هذا القرار .

ويبدو أنه ، حتى في قانون السجل العيني ، تنتقل ملكية عقارات التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث ، ولا يتوقف انتقال الملكية على قيد حق الإرث في السجل العيني . ذلك أن المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سالف الذكر تقول : « وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز لوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق » . فجزاء عدم القيد إذن ليس هو عدم انتقال الحق إلى الوارث ، بل هو عدم جواز تصرف الوارث في هذا الحق بعد أن يكون قد انتقل إليه .

وتنص المادة ٤٦ من قانون السجل العيني على أن « تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية » . وهذه اللائحة التنفيذية ، يصدر بها قرار من وزير العدل ، وهذا القرار لم يصدر إلى اليوم .

وبمقارنة المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سالف الذكر بالمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري المتعلقة بشهر حق الإرث والتي سبق ذكرها ، يتبين أن نظام شهر حق الإرث في قانون السجل العيني يقرب كثيرا من نظام شهر هذا الحق في قانون تنظيم الشهر العقاري ، وقد بحثنا تفصيلا هذا النظام الأخير . وأهم الفروق ما بين النظامين هو ما يأتي :

(١) جعل قانون الشهر العقاري جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في عقارات التركة ، فتصرف الوارث يكون إذن جائزا والذي لا يجوز هو شهر هذا التصرف . أما قانون السجل العيني فيجعل الجزاء هو عدم جواز التصرف في عقارات التركة ، فغير الجائز إذن هو التصرف ذاته لا مجرد شهر التصرف ، وهذا جزاء أشد . (٢) ينص قانون الشهر العقاري على أن شهر حق الإرث في أى وقت يكون بدون رسم ، في حين أن قانون السجل العيني يجعل فيها حق الإرث بدون رسم إذا تم هذا القيد في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني ، وفي هذا حث للوارث على المبادرة إلى

قيد حق الإرث حتى لا يتراخى القيد إلى ما بعد الخمس السنوات فيضطر إلى دفع الرسم . (٣) أجاز قانون الشهر العقاري قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون السجل العيني فلم ينص على هذه الرخصة ، ويبدو أنه يتطلب أن يقيد الوارث حق الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة ، وإلا لم يجوز التصرف في أي عقار منها : حتى بالنسبة إلى نصيبه في هذا العقار وحتى لو قيد حق الإرث بالنسبة إلى هذا العقار . (٤) التسجيل في قانون الشهر العقاري ليست له حجة مطلقة . أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجة ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الفصل الثاني

الوصية

(Testament)

٧٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩١٥ مدني على ما يأتي :

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (٢) .

(١) أنظر آنفاً ص ١٩٨ - ص ١٩٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٨ من المشروع التمهدي إلى الوجه الآتي : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها ، وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف العبارة الأخيرة وهي « وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استفيض عن عبارة « النصوص التشريعية المستمدة منها » بعبارة « والقوانين الصادرة في شأنها » ، لأن المراد هو التشريعات التي تصدر في شأن الوصية ، وأصبح رقم المادة ٩١٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٥٥ فترة أولى / ٧٨ فترة أولى) يعرض لأحكام القانون الدولي الخاص في الوصية ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمى إليها الموصى بجنسيته ^(١) .

ويقابل النص التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٢٨ وم ٢٣١ ^(٢)

(١) التقنين المدني السابق م فترة أولى / ٧٨ فترة أولى : وكذلك تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال المختصة بالملة (قانون الدولة) التابع لها الموصى .

ويتبين من هذا النص أن المعنى المقصود هو أن الوصية تسرى عليها أحكام قانون الدولة التي ينتمى إليها الموصى بجنسيته ، فتكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذا النص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد وتجري على الوجه الآتي : « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » . وقد صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ يمدل نص المادة ٥٥ مدني أهل بما يجعله واضحاً في هذا المعنى ، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ينص على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » (أنظر آنفاً ص ٧٥ هامش ١ - محمد كامل مرسى ٥ فترة ٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٦ : ١ - يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للمورث وغير المورث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة . ٣ - لا يمنح الأجنبي حق الاستفادة من الوصية العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .
التقنين المدني الليبي م ٩١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ : ١ - يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للمورث وغير المورث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٢٨ : يكتسب حق القيد في السجل العقاري بالطرق الآتية : (١) ... (٢) بالهبة بين الأحياء وبالوصية . (٣) ... م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين اللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

ويثبت من النص سالف الذكر أنه يقرر مبدأ عاما جوهريا، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها . ويستوى في ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية . وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هي التي تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (١) » .

ثم تقول المذكرة الإيضاحية أيضا : « وعرض المشروع لمسألتين في الوصية على جانب كبير من الأهمية : المسألة الأولى التصرف الصادر في مرض الموت ، وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص في مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية (٢) » . والمسألتان المشار إليهما في المذكرة الإيضاحية يحققان حماية الورثة من الوصايا المستترة .

ثم إن قانون تنظيم الشهر العقارى ، ومن بعده قانون السجل العيى ، عالج كل منها نقصا خطيرا كان في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن .

وبمخلص مما تقدم أن المسائل التي يجب بحثها في الوصية هي : (١) تطبيق أحكام الشريعة في الوصية . (٢) حماية الورثة من الوصايا المستترة . (٣) شهر الوصية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ - وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ١٣٤٩ منه يجرى على الوجه الآتى : « وتسرى على الوصية ، من حيث الشكل ومن حيث الجزاء الذى يترتب على مخالفته ، الأحكام الخاصة التى توضع لذلك » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ أن قانون الوصية يشتمل على أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ .

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية

٧٣- قانون الوصية المحترم من الشريعة الإسلامية هو الذي يسرى

على الوصية : كانت المحاكم الشرعية تطبق في الوصية أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقتنة . وقد قنت في قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، كما قنت أحكام الميراث في قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ولنفس الأسباب (١) . وصار هذا القانون هو الذي يسرى على الوصية ، ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . فوصية غير المسلم من المصريين تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية قبل أن تقن ، ثم قانون الوصية بعد تقنين هذه الأحكام ، وقد استقر القضاء على ذلك حتى قبل صدور قانون الوصية (٢) .

ويشتمل قانون الوصية على بابين : (الباب الأول) في أحكام عامة ، وينتظم فصولا ثلاثة : الفصل الأول في تعريف الوصية وركنها وشروطها ، والفصل الثاني في الرجوع عن الوصية ، والفصل الثالث في قبول الوصية

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٤ - وقد قضت محكمة النقض بأن وصية غير المسلم ، كوصية اندلم ، لا تصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ، ولا تجوز نوارث إلا باجازه باقي الورثة (نقض مدني ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) . وقضت أيضاً بأن الموارث عموماً ، ومنها الوصية ، هي وحدة واحدة ، وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) .

وقد تدخل المشرع في الأمر ، بعد صدور هذا الحكم الأخير ، فأصدر في سنة ١٩٤٤ القانونين رقم ٢٥ ورقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ اللذين سبقت الإشارة إليهما (أنظر آتفاً ص ٢٠٦ هامش ١) ، فنص في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » . وعدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ المادتين ٥٤ و ٥٥ مدني وطني قديماً فاستبدل بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالبلد » عبارة « قانون البلد » .

وردها . (والباب الثاني) في أحكام الوصية ، وينتظم فصولا سبعة :
 الفصل الأول في الموصى له ، والفصل الثاني في الموصى به ، والفصل
 الثالث في الوصية بالمنافع ، والفصل الرابع في الوصية بالمرتبات ، والفصل
 الخامس في أحكام الزيادة في الموصى به ، والفصل السادس في الوصية
 الواجبة ، والفصل السابع في تراحم الوصايا .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب والفصول من الأحكام ،
 فهي من مباحث الفقه الإسلامي . ولكتنا نستعرض هنا في إيجاز تام ، كما
 استعرضنا في الميراث ، الأحكام الرئيسية التي اشتمل عليها قانون الوصية .
 فنعرض للمسائل الآتية : (١) شكل الوصية وشروط صحتها (م ١ - ١٧ من
 قانون الوصية) . (٢) رجوع الموصى عن الوصية (م ١٨ - ١٩ من قانون
 الوصية) . (٣) قبول الموصى له للوصية ورده إياها (م ٢٠ - ٢٥ من قانون
 الوصية) . (٤) الموصى له (م ٢٦ - ٣٦ من قانون الوصية) . (٥) الموصى
 به (م ٣٧ - ٧٥ من قانون الوصية) . (٦) الوصية الواجبة (م ٧٦ - ٧٩
 من قانون الوصية) .

٧٤ - شكل الوصية وشروط صحتها : تنص المادة الأولى من قانون

الوصية على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .
 ونرى من ذلك أن الوصية استثناء من الحكم القاضي ببطان التعامل في التركة
 المستقبلية ، إذ هي تعامل من الموصى في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة ، وقد
 أجازت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية .

وتعرض المادة الثانية من قانون الوصية لصيغة الوصية وشكلها ، فتتضمن
 على أن « تنعقد الوصية بالعبرة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما
 انعقدت الوصية بإشارته المفهمة . ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية
 أو الرجوع القولي عنها . بعد وفاة الموصى ، في الحوادث السابقة على سنة
 ١٩١١ الإفرنجية ، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على
 صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع
 فيها دعوى ما ذكر . بعد وفاة الموصى ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية
 أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ،

أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها ،
واللى يعني من هذا النص هو شكل الوصية ، وقد جعل القانون الجزاء على
الإخلال به هو عدم سماع الدعوى كما هو المألوف في أحكام الشريعة الإسلامية .
وبخلص من النص أن الوصية ، منذ سنة ١٩١١ ، يجب أن تتخذ أحد
أشكال ثلاثة : (١) تحرر بها ورقة رسمية . (٢) تحرر بها ورقة عرفية يصدق
فيها على إمضاء الموصي أو ختمه . (٣) تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها
بخط الموصي وموقع عليها بإمضائه (١) .

وهناك شروط لصحة الوصية ، بعضها في الموصي وبعضها في الموصى له
وبعضها في الموصى به . فيشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع ، على

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن مودة الطاعنين
تمسك في دفاعها بأن المهرور إن لم يكن اشتهاراً بوقف فهو وصية ، ورد على هذا الدفاع
بأن « المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط في الوصية أن يصدر بها
إشهاد رسي أو يحرم بها عقد عرفي يصدق فيه على إمضاء الموصي بخطه وموقع عليها بإمضائه ،
فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ، ولم يتحقق شيء من ذلك ، ولم تقدم المدعية
بما يدل على وجود وصية » ، فإن الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من
المادة الثانية من قانون الوصية بقولها : « . . . إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة
جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع
عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها » . وقد تحجب هذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين
من أن المهرور المتنازع عليه مكتوب بجميعه بخط المتوفى وعليه إمضاؤه وتحقيقه ، وهو دفاع
جوهرى من شأنه لو صح أن يتخير به وجه الرأى في الدعوى (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة
١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٠ ص ٣٢٧) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً
بأنه لا يمكن أن يوقع الموصى على الوصية بخطه وبصمة إبهامه ويضعها في مظلوف مطلق
ويودع المظلوف بمكتب التوثيق (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام
النقض ١٧ رقم ١١٩ ص ٨٧٧) .

وشكل الوصية المنصوص عليه في القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ،
وليس ركناً في الوصية ، فتوافترت الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكّلوا سمعت
الدعوى وقضى بالوصية . وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً ، والكتابة المطلوبة ، على
مختلف أنواعها ، ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية ، فهي وحدها الأدلة
التي لا يقبل غيرها في الإثبات . وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية ، كما رأينا ، على أن
« تعقد الوصية بالعارة أو بالكتابة » ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته
الفهية .

أنه إذا كان محجوراً عليه لسنه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة جازت وصيته باذن المحكمة . ويشترط فى الموصى له أن يكون معلوماً : وأن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً . فإن لم يكن معيناً كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى (١) . وتصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى . ويشترط فى الموصى به أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى . وأن يكون متقوماً عند الموصى إن كان مالا ، وأن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات (٢) . وتصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاء الموصى ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية (٣) . وتبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت (٤) ، وبموت الموصى له

(١) وتصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف يعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير (م ٧ من قانون الوصية) . وتصح الوصية لجهة معينة من جهات البر مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية (م ٨ من قانون الوصية) .

(٢) وإذا نير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص ، كانت العين كلها وصية . وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء ، شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة . وإذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولومع تغيير معالمها ، كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وإن أعاد البناء على وجه آخر ، اشترك الورثة بقيمة مع الموصى له فى جميع العين . وإذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً ، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته . أنظر فى كل ذلك المواد ٧١ و ٧٢ و ٧٥ من قانون الوصية .

(٣) م ١٣ من قانون الوصية ، وهذه هى قسمة المورث التى سبق بيانها (أنظر آنفاً فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧) .

(٤) فقد كان يمكن الموصى الرجوع عن الوصية لولا الجنون المطبق المتصل ، فمراعاة لحقه أبطال الوصية (المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية)

قبل موت الموصى ، وبهلاك الموصى به إذا كان معيناً وملك قبل قبول الموصى له . ولا تبطل بالحجر على الموصى لنفسه أو الغفلة^(١)

٧٥ - رجوع الموصى عن الوصية : ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها ، صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به^(٢) .
ولا يعتبر رجوعاً عن الوصية جمحدها (إنكارها) ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، كل ذلك إلا إذا دلت قرينة على أن الموصى يقصد به الرجوع عن الوصية .

٧٦ - قبول الموصى للوصية ورده إياها : ولا تلزم الوصية إلا بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة . ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمّت الوصية بدون توقف على القبول . وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزمّت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد . وإذا قبلها بعض الموصى لم يرددها الباقيون ، لزمّت بالنسبة إلى من قبلوا وبطلت بالنسبة إلى من ردوا . وإذا قبل الموصى له الوصية على النحو المتقدم ، استحق الموصى به من وقت الموت^(٣) ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد

(١) ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، وبعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى (م ١٧ من قانون الوصية) .

(٢) ويعتبر تصرف الموصى فى الموصى به رجوعاً عن الوصية ، حتى لو كان هذا التصرف قابلاً للفسخ وفسخ ، أو قابلاً للإبطال وأبطل ، أو كان باطلاً .

(٣) فالوصية إذن إرادة منفردة تصدر من الموصى ، وليست بعقد بين الموصى والموصى له ، وإلا لاستحق الموصى له الموصى به من وقت القبول لا من وقت موت الموصى .

الموت . وتكون زوائد الموصى به بعد وفاة الموصى ، من وقت وفاة الموصى إلى وقت قبول الوصية ، ملكاً للموصى له لأنها نماء ملكه . ولا تعتبر وصية فلا تدخل في حساب خروج الوصية من الثلث ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

وإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصى ، بطلت الوصية فيما رد ، أما الرد قبل وفاة الموصى فلا يبطل الوصية (١) . ولا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور موت الموصى . ومع ذلك تبطل الوصية إذا ابلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له ، باعلان رسمي مشتمل على بيان كاف ، عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول . وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه في ذلك (٢) .

٧٧ - الموصى له : تصح الوصية للمعدوم ، وتصح الوصية بالمنافع لطبقتين ، وتصح الوصية لمن لا يحصون كطلبة الجامعة ويختص بها المحتاجون منهم (٣) . وإذا كانت الوصية لمعينين ، فمن كان غير أهل للوصية منهم عند موت الموصى يعود نصيبه في الوصية إلى التركة . وتصح الوصية للحمل في الحالتين الآتين : (١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد الحمل حياً لثلاثة وخمسة وستين يوماً فأقل من وقت الوصية .

(١) وإذا رد الموصى الوصية بعد أن قبلها . وقبل منه ذلك أحد من الورثة : انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (م ٢٤ من قانون الوصية) .

(٢) أما عند اخفية فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو الشيء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فقد تحقق اليأس من الرد ، واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له ودخل في تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو حق قبول الوصية ، إذ الوصية عندم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته ، وبهذا أخذ قانون الوصية . أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ص ٦٤ .

(٣) انظر في كل ذلك المواد ٢٦ - ٣٠ من قانون الوصية .

(١) إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل ، وولد الحمل حياً لما تين وسبعين يوماً فأقل من وقت الوصية : ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد الحمل حياً لثلاثة وخمسة وستين يوماً فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة . وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة الحمل من ذلك المعين . وإذا مات الموصي قبل انفصال الحمل ، أوقفت غلة الموصي به إن كانت له غلة حتى يفصل الحمل حياً فتكون له ، وإلا كانت لورثة الموصي . وإذا جاءت الحامل ، في وقت واحد أو في وقتين بينها أقل من ستة أشهر ، بولدين حيناً أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوي ، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك . وإن انفصل أحدهم غير حي ، استحق الحى منهم كل الوصية . وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة ، كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع .

٧٨ - الموصى به: وتصح الوصية بالثلث (١) للوارث (٢) وغيره ،

(١) ولا يدخل في حساب الثلث المصروفات التي يحكم بها على التركة لمصلحة الموصى له إذا فوزع في صحة الوصية ، ولا فوائد التأخير عن مبلغ الوصية من وقت المطالبة القضائية بهذا المبلغ (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٢٧) .

(٢) ولم تكن الوصية تجوز للوارث إلا بإجازة سائر الورثة . وقد قضى بأنه إذا اشترط الورثة حين توقيعهم بإجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم أن يبقى السند لدى أمين متفق عليه ، وألا يسلم لمن صدر له إلا برضايتهم ، فهذه الإجازة تقع باطلة لاقرانها بما يبطل مفعولها ، وهو عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع به إلا بمشيئتهم (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٧) . ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فأجاز الوصية للوارث بالقدر الذي تجوز به لغير الوارث . ومن ثم تنفذ الوصية للوارث في ثلث التركة من غير إجازة سائر الورثة إذ مات الموصي وقت نفاذ قانون الوصية ، حتى لو كانت الوصية قد صدرت قبل ذلك (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٤٤ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . أما إذا مات الموصي قبل نفاذ قانون الوصية ، فلا تنفذ الوصية للوارث من غير إجازة سائر الورثة (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٩ رقم ٤٣ ، ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٤) .

وتنفذ من غير إجازة الورثة^(١) . وتصح بما زاد على الثلث . ولا تنفذ في الزيادة^(٢) إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه^(٣) : وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له

(١) انظر في أن الموصي : حتى في حدود ثلث التركة ، بتقيد بعدم التمسك في استعمال حق الإيصاء : حسن كيرة ص ٢١ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كثر انشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص المادة ١٣٥٢ منه وتجرى على الوجه الآتى : « إذا جاوزت الوصية في المقار القدر الذى يجوز الإيصاء به ، فإن إبطال الوصية فيما زاد على هذا القدر لا يضر بحقوق الغير إذا كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذا المقار » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « لما كان من الواجب حماية الغير حسن النية الذى يكسب حقاً عينياً على ما يجاوز القدر الذى يجوز الإيصاء به ، كما إذا صدرت وصية بنصف التركة ، ورتب الموصي له رهنًا على كل الموصى به ، ولم تجز الورثة الوصية فأنقصت إلى الثلث ، فإن سدس التركة يرجع إلى الورثة محملاً بالرهن وهم يرجعون على الموصي له . . . ويلاحظ أن إنقاص الوصية إلى القدر الجائز لا يعتبر إبطالا أو فسخاً ، بل هو عدم تفاعل في حق الورثة . فوجب إذن أن يكون هناك نص خاص لحماية الغير حسن النية في هذه الحالة ، إذ هي لا تدخل في حالات الإبطال أو الفسخ التى وردت فيها نصوص أخرى » . وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، ولكن مجلس النواب حذفه اكتفاء بالمادة ١٠٣٤ مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ في الهامش) .

أما المادة ١٠٣٤ مدنى الذى أريد الاكتفاء بها فتعنى على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . وهذا النص ، وإن كان يشمل كل أسباب زوال الملكية إذ يقول « أو زواله لأى سبب آخر » ، فيدخل عدم نفاذ الوصية في حق الورثة ، إلا أنه مقصور على حماية الدائن المرتهن دون غيره ممن كسب حقاً عينياً آخر على المقار . والنص الشامل في هذا الصدد هو ما جاء في قانون تنظيم الشهر العقارى (م ١٥ - ١٧) ، إذ يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الضمن في التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، فتدخل إذن دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة . ويترتب على هذا التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون يكون حجة على من يثبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير . انظر أيضاً المادة ٧٨ مدنى وهى خاصة ببيع المريض مرض الموت ، وتقضى بأنه لا تسرى أحكام هذا البيع (وهى في جملتها أحكام الوصية) إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة .

(٣) ولا تصح الإجازة حال حياة الموصي ، ولا يعتد بها إلا إذا صدرت بعد موته تطبيقاً للشريعة الإسلامية (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٣٨ انعامات ١٨ رقم ٢٤٠ ص ٤٧٤) . وإذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تقبى بالوصايا ، أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يقبى بها ، قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالخاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بين نصيبه إلا من هذه العين (م ٨٠ من قانون الوصية) .

بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها لا تعتبر وارثاً . وتصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه وذلك في ثلث التركة ، فان برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . وإذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين (١) .

وتصح الوصية بسهم شائع في التركة ، كربع التركة أو ثلثها (٢) ،

(١) انظر آنفاً ص ١٧٥ هامش ١ - وفي حساب خروج الوصية من الثلث لا يدخل نماء الموصى به الحادث بعد موت الموصى ، فهذا النماء ملك خالص للموصى له كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويملك الموصى له النماء بمجرد موت الموصى ، حتى قبل تسجيل الوصية حين يكون الموصى به لا يزال ملكاً للورثة ، إذ الوصية غير المسجلة ترتب التزاماً في ذمة الورثة بتسليم العقار الموصى به بمجرد موت الموصى ، ومقتضى هذا الالتزام أن يكون الموصى له ثمار الموصى به وعليه نفقته من وقت موت الموصى . والوصية غير المسجلة في ذلك كالبيع غير المسجل ، نفي البيع يكون « للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً » (م ٤٥٨ / ٢ مدني) . انظر في ذلك إسماعيل غانم ص ١٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ ص ٧٩٤ - حسن كيرة ص ١٧ - ص ١٨ و ص ١٩ - ص ٢٠ .

ومن رأينا أن تسجيل الوصية ، كتسجيل البيع ، له أثر رجعي في العلاقة ما بين الموصى له والورثة . وبهذا الأثر الرجعي نعلل أن يكون نماء الموصى به للموصى له من وقت موت الموصى حتى قبل تسجيل الوصية ، إذ بتسجيل الوصية تنتقل الملكية إلى الموصى له ويستند انتقالها إلى موت الموصى لا إلى وقت التسجيل ، وذلك فقط في العلاقة فيما بين الموصى له والورثة كما قدمنا . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا شك في أن تسجيل الوصية لا ينتقل ملكية الموصى به إلا من وقت التسجيل . انظر ما قدمناه في هذه المسألة في عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) ويلاحظ أن الموصى له بسهم شائع في التركة لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة ، فيكون مستولاً عن هذه الديون بنسبة سهمه الشائع . وتنص المادة ٤٤ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب ، استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه » . وانظر أيضاً المادة ٤٥ من قانون الوصية

وذلك في حدود الثلث على ما سبق القول . ويعتبر الموصى له في هذه الحالة خلفاً عاماً للموصى ، شأنه في ذلك شأن الورثة (١) .

وتصح الوصية بمنفعة العين ، فإذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به ، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه ، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها . وإذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة والآخر بالرقبة ، فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة . وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة ، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته في جميع هذه الأحوال ، وذلك بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من

(١) وتجوز الوصية بمثل نصيب وارث معين ، وتنص المادة ٤٠ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » . فيزداد سبب هذا الوارث على سهام فريضة التركة ، ويكون نصيبه للموصى له ، والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم . كذلك تجوز الوصية بنصيب وارث غير معين ، وتنص المادة ٤١ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه ، استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين » . وتنص المادة ٤٢ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسبب شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بينهما بالمخاضة إذا خاضع عن الوصيتين . وإذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع ، قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة » . فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص ويرفع التركة لشخص آخر ، قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بين الوصيتين إن لم يسعهما ولم تجز الورثة . وعلى ذلك إذا ترك الموصى ابنين كانت الفريضة سهمين اثنين ، يزداد عليهما سهم الموصى له كأنه لا وصية لغيره فيكون له الثلث . وتكون الوصيتان ثلثاً ورباعاً ، فهما أكثر من ثلث التركة . فإذا لم يجز الابنان الزائد على الثلث ، كان الثلث بين الموصى لهذا ، أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع . وإذا كان ، بدل الوصية بالسهم الشائع ، وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة ، قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة ، وقدرت الوصية بالنصيب كذلك ، ويقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق .

وفاة الموصى . وإذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها ، وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين ، قدرت الوصية بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين ، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة . وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق ، قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه . وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها ، وباسقاط حقه فيها لورثة الموصى يعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

وتصح الوصية بالمرتببات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة . فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم تجز الورثة الزيادة ، يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى تنهي المدة ، أو إلى أن يموت الموصى له . ويجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتببات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية . فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع ، رد الباقي لورثة الموصى . ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص (١) .

٧٩ - الوصية الواجبة: وإذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات

في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته ، وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث . بشرط أن يكون غير وارث . وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . وتكون هذه

(١) وإذا تراحت الوصايا بالمرتببات ومات بعض الموصى لهم ، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيبها لورثة الموصى (م ٨٢ من قانون الوصية) .

لوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن تزلوا . على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً ترتيب الطبقات .

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر : وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب ، من باقى الثلث . فإن ضاق عن ذلك ، ففنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . فإذا لم يوص الميت إلى من وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم ، استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى ، وإلا ففنه ومما أوصى به لغيرهم . وفى هذه الحالة الأخيرة والحالة السابقة عليها ، يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقها بالمخاصة (١) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد الوصية الواجبة ما يأتى « وضمت : هذه المواد (٧٦ - ٧٩) لتلافى حالة كثرت منها الشكوى ، وهى حالة الأحماد الذين يموت آباءهم فى حياة أبينهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكاما كالفرق والهدى والحرق ، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث ، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله بقوتهم وأحب شئ إلى نفسه أن يوص لهم بشئ من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية - قد تضمنت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم أبجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم ، فإن الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث - وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره . ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو بنته على من يوجد من فروعه قسمة الميراث ، كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين - ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية . فلو خلف الميت ابناً وبناتاً وبناتى بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضاً غير مرتبين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت ، قسمت التركة -

المبحث الثاني

حماية الورثة من الوصايا المستترة

٨٠ - مآلناه يحمي فبرها الوارث من الوصايا المستترة : نص

التقنين المدني على حالتين يحمي فيها الوارث (١) من الوصايا

بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية . وهنا نصيب الابن والبنت المتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث ، للبنت ثلثه يعطى لبنتها بالتساوي ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ولو أن آباء مات قبل جده - والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصري وطاؤوس والإمام أحمد وداوود الطبري وإسحاق بن راهوية وابن حزم . والأصل في هذا قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . والقول باعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص لهم مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ، ورواية في مذهب الإمام أحمد . وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحماد وبالترتيب المبين في المادة ٧٦ ، وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث متى على مذهب ابن حزم . . . فالجزء الواجب إخراجهم يجوز في مذهب ابن حزم أن يحدده الموصي أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر . كذلك يجوز في مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر ، وحينئذ يكون لولي الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في المادة ، ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث لو بقى حياً (م ٧٦) . . . فإذا نقصوا أحداً ما وجب له أولم يوصوا له بشيء ، ردوا بأمر ولي الأمر إلى المعروف (م ٧٧) . وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وماروي عن طاؤوس .

(٣) وغنى عن البيان أن القانون ، كما يحمي للوارث من الوصايا المستترة ، يحمي أيضاً الدائن . والدائن ، كما للوارث ، مصلحة في أن يكشف عن الوصايا المستترة ، بل إن مصلحته في ذلك ترجح مصلحة الوارث . وذلك أنه متى ثبت أن التصرف هو في حقيقته وصية ، فإنه لا يسرى أصلاً في حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا ، في حين أنه يسرى في حق الوارث فيما لا يجاوز ثلث التركة . ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث في كل ما سيجي . من حق للوارث في التقنين في تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة .

أما في حياة الموصي ، فلا تحول الوصية ، حتى لو كانت مسجلة ، دون تنفيذ دائن الموصي على العقار الموصى به ، إذ أن هذا العقار لا يزال في ملك الموصي مادام حياً ، ولو بقى مصراً على الوصية ولم يرجع عنها .

المسترة^(١): (الحالة الأولى) التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت^(٢)، تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وتسرى عليها أحكام الوصية. وبذلك يحمي القانون الورثة من هذه التصرفات إذ يكشف عن حقيقتها ويحيطها بقيود الوصية. (الحالة الثانية) التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين ونحوه في الانتفاع بها مدى حياته، إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت. فتحمي الورثة منها بأن تحاط هي أيضا بقيود الوصية^(٣).

(١) ويعتبر الوارث، في الوصايا المسترة وفي كل تصرف يصدر من المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يتلق حقه من القانون لا من المورث، ومن ثم لا يعتبر في هذه التصرفات خلفاً للمورث ولا تسرى في حقه. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه وإن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي تركته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون قد جعل للوارث حقوقاً خاصة لا يرثها عن مورثه، بل تنشأ بحكم القانون. وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقوق الوارث هذه التي أثبتتها له الشريعة رغماً من إرادة المورث. ومتى كان الوارث يتلقى حقه في الإرث بحكم القانون (الشريعة) وكان له أن يدفع كل اعتداء عن ذلك الحق الشرعي، فلا يصح مع هذا أن يقال بأن الوارث يلزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقه الشخصي. ولا أن يقال إن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه بالنسبة إلى تلك التصرفات التي تمس حقوق الوارث الخاصة (استئناف مصر ١٤ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ١١٦). وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٩ ص ٥٧٨.

(٢) أما إذا صدر التصرف في غير مرض الموت، فإنه يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة، ولو تصرف المورث في كل ماله متبرعاً. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن تنفيذ التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر تصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٨). وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٠ - استئناف أسيوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ - استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ - ٢١ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٤١.

(٣) وتكييف وصف العقد بأنه وصية يبق في اختصاص المحكمة التي تنظر في موضوع العقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن بجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه بجهة القضاء المادي. فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتسك به، ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانوناً، فاسعرت المحكمة الأوصاف التي يصح انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فإنها لا تكون قد خرجت في ذلك عن حدود اختصاصها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٣٧ رقم ٢٤).

٨١ - الحارة الأولى - التصرفات التي تصدر من المورث في

مرصه الموت - نص قانوني : تنص المادة ٩١٦ ملئى على ما يأتى :

- ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت . ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .
- ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولم يثبت ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .
- ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطبق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٨) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقررها النص كان القضاء يأخذ بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٩ : ١ - كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض

الموت مقصودا به التبرع أو المحابة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محابة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له . ٢ - ويعتبر في حكم انوصية إبراء المريض في مرض موته مدينة وارثا كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت .

م ١١١٠ : ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيه . ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضا .

م ١١١١ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث أولغير وارث ، فإن جاء إقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية ، وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان إقرارا بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنه ثبت بغير إقراره ، نفذ الإقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة ، وتصديق الورثة لإقراره في حياة المورث ملزم لهم . ٢ - ولا يستحق المقر له

فالتصرف الصادر من المورث في مرض الموت ، (١) ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبره القانون وصية مستترة ، وتسرى عليه أحكام الوصية . وبذلك تحصى الورثة . إذ أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه (٢) . وهذا هو حكم الوصية كما قدمنا . وحتى تسرى أحكام الوصية يجب . كما هو ظاهر من النص ، أن يتوافر في التصرف شرطان : (١) أن يكون تصرفا صادرا في مرض الموت . (٢) وأن يكون مقصودا به التبرع .

٨٢ - الشرط الأول - التصرف صادر في مرضه الموت : سبق ، عند الكلام في البيع ، أن بحثنا البيع الصادر في مرض الموت ، ورأينا أن أحكام

= ما أقربه المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تؤدي ديون الصحة . ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت المرض بغير إقراره فتؤدي هي أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت بإقرار المريض في وقت مرضه .

م ١١١٢ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بأنه استوفى ديناً له في ذمة أحد ، فإن كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حالة صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة . أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن ، فلا ينفذ الإقرار في حق هؤلاء الغرماء . ٢ - وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد ، نفذ إقراره في جميع ماله ولكن بعد أن توفي ديون الصحة وما في حكمها من الديون .

(والتقنين العراقي يقتضي أحكام الشريعة الإسلامية في تصرفات المريض مرض الموت) . قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر في تحديد معنى مرض الموت والرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي مفسرة بقضاء المحاكم : الوسيط : فقرة ١٧٥ - فقرة ١٨٢ .

(٢) ولا يكون ذلك كله إلا بعد موت المريض ، فقبل موته لا حق للوارث في الطعن في التصرف . وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر ، إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه ، مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة . ومن ثم فإدام المتصرف كان ما يزال حياً ، فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المضمونة عليها تقوم على صدورهما في مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٢٩٥) . أما المورث نفسه إذا تصرف وهو يعتقد أنه في مرض الموت ، ثم شق ، فله أن يظعن في التصرف إما بالعسورية وبأن حقيقته وصية وقد عدل عنها ، أو في القليل بالغلط إذا كان البيع جدياً منجزاً ، وذلك على أساس أنه وقع في غلط في الباعث إذ كان الدافع له على التصرف اعتقاده أنه كان في مرض الموت .

الوصية تسرى عليه . أما هنا فالنص عام ولا يقتصر على البيع ، بل هو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف . ومن ثم يدخل ، إلى جانب البيع ، الهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات . فإذا وهب المورث عيناً ، أو أقربدين عليه^(١) ، أو أبرأ مدينأله ، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت ، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية . فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة ، مالم تجز الورثة ما يجاوز الثلث في كل ذلك . وعبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية^(٢) . فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره في حكم الوصية ، فينفذ في ثلث التركة (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٧) .

(٢) ومتى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأسبحوا من الغير في هذا التصرف ، فلا يسرى في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه . أما إذا كان التصرف سورياً سورياً مطلقاً وضمن فيه الورثة بالصورية لا بأنه وصية مستترة ، فإن الورثة لا يعتبرون في هذه الحالة من الغير ، وإنما يستمدون حقهم من مورثهم ، فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتا به من طرق الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر ، إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه ، وإن كان ظاهره ييماً منجزاً ، إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية . لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة . حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث . أما إذا كان منبئ الضمن في العقد أنه سورياً سورياً مطلقاً ، فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٢٢٥) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٢ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٨٢٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

الأدلة (١) . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدني سالفة الذكر : « ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » . والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث ، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً في وقت سابق على مرض الموت ، كان هذا التاريخ حجة على الورثة . ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً وأن التاريخ الحقيقي لصدور السند يقع في وقت كان المورث فيه مريضاً بمرض الموت ، فقدم التاريخ ليخفي هذه الحقيقة . ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق وتدخل فيها البينة والقرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب ، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق (٢) . ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة ، إذ متى تقول إنه لا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وقد رأينا أن التاريخ ، حتى لو لم يكن ثابتاً ، يحتاج به على الورثة ، وإنما يكون لهم إثبات العكس كما قدمنا . وقد سبق أن استظهرنا عدم دقة النص عند الكلام في التاريخ الثابت في الأوراق العرفية في الجزء الثاني من الوسيط ، فقلنا في هذا الصدد : « فالأصل أن الوارث يحتاج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن

(١) ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيوماً (استئناف وائي أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلًا تاماً (استئناف وطني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وانظر في إثبات مرض الموت الوسيط ٤ فقرة ١٨٠ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاباً جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٤ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٥ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٠ .

إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث . إلى هنا ونص التقنين الجديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : ولا يحتاج على الورثة بتاريخه إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وهي عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها بها - كما هو ظاهر العبارة - أن التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المورث لا يحتاج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها - كما هو التأويل المستخلص من سياق النص - أن التاريخ العرفي لا يحتاج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح . ولكن فیم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ (١) :

٨٣ - الشرط الثاني التصرف مقصور به التبرع : ويجب أيضاً

أن يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع . ذلك أنه من المحتمل ، وإن كان هذا نادراً ، أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعاً . وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع . فإن كان الثمن لمحاياة فيه فإن البيع ينفذ في حق الورثة ، وتسرى عليه أحكام البيع لأحكام الوصية . أما إذا كان في الثمن محاياة ، فهذه المحاياة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية . وقد نصت المادة ٤٧٧ مدني على أنه :

١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع ، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته . ٢ - أما

(١) الوسيط ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٩ - ص ٢١٢ - وانظر في تفصيل هذه المسألة

نفس المرجع فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢ .

إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين .

وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العقب عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت ، وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف . ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع . فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ، ويندر أن يكون في تصرفه والموت ما ثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث . فإذا أثبت ذلك ، وكان في التصرف مع ذلك محاباة له ، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسري عليها أحكام الوصية كما سبق القول .

٨٤ - الحالة الثانية - التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة

العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٧ مرنى على ما يأتي .

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل بخالف ذلك » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٩ - ص ٣٠١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن كثيراً من أحكام القضاء كان يقضى بهذا المعنى على أساس القرينة القضائية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وهنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته ، بل صدر وهو في صحته . ولكن المورث لم يطلق التصرف ، بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين : حيازة العين وحقه في الانتفاع بها مدى حياته . فإذا باع المورث مثلاً داراً لأحد ورثته ، واحتفظ بحيازتها للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته ، اقترب هذا التصرف كثيراً من الوصية . صحيح أن التصرف لم يصدر في مرض الموت ، ولكن احتفاظ المورث بحيازة الدار وبالانتفاع بها طول حياته ، بحيث لا ينتفع الوارث بالدار ، بل ولا يحوزها ، إلا عند موت المورث : كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصي له لافي منزلة المشتري . فالموصي له هو أيضاً لا يحوز العين الموصى بها ، ولا ينتفع بها ، إلا عند موت المورث (١) .

وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدني القديم ، يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية (٢) ، لاسيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة

(١) ومما تبين أن البيع حقيقة وصية مسترة ، كان منعداً بوصفه بيعاً ، فلا يكون تسجيله أثر ، ولا يرد عليه التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان انختم الماطون فيه قد انتهى . إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية ، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية ، لأن التسجيل لا يصح عقداً باطلاً ، كما أنه لا يحول دون الطعن في العقد بأنه يخفى وصية . ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة ١٤٠ مدني . ولا يقدح في ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع إمكان إجازة التصرف من الورثة ، ذلك أنه ليس للورثة أن يميزوا التصرف باعتباره بيعاً ، وإنما لهم أن يميزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية ، وفي هذه الحالة تجري عليه أحكام الوصية التي يميزها الورثة (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣) - والأدق أن يقال ، في رأينا ، ألا وجود لبيع أصلاً فهو منعدم ، لا أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً . ذلك أن البيع الذي يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مسترة تسرى عليها جميع أحكام الوصية ، أما البيع الظاهر فهو صوري لا وجود له .

(٢) ولكن القضاء كان حراً في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ ، إذ كانت مجرد قرينة قضائية . وقد قضت محكمة النقض بأنه كان من المقرر في ظل القانون المدني أن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات . فعبد الإثبات كان على من يظن في التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوصل بها الطاعن إلى إثبات دعواه . والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ ، لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع مطلقاً لتقديره (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) .

طول حياة البائع ، وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع^(١) .

وقد وضع المشروع التمهيدى لنص المادة ٩١٧ مدنى سالفه الذكر فى وقت كانت الوصية لوارث فيه محظورة : وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم فى صورة بيع يحتفظون فيها بحيازة العين ويحقق الانتفاع بها مدى الحياة . وقد تضاربت أحكام القضاء فى تكييف التصرف على هذا النحو : هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مسترة^(٢) . فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية . ما لم يتم دليل على غير ذلك . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع : « كثيراً ما يلجأ المورث ، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه ، إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر ، كبيع أو هبة ، ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين ويحققه فى الانتفاع بها : إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة ،

(١) نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ - أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ - استئناف مصر ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩ ص ١٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٥٠ ص ٣٢٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٢٧ ص ١٧١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٣ ص ٢٠٩ - استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٤ ص ٦٣٥ - ومع ذلك أنظر نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٥٠ رقم ٢٧ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٢٤ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٢ - ١٨ أبريل ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ - استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٦ ص ٩١٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٤ ص ١٠٩٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤١ ص ٨٧٤ .

(٢) أنظر فى هذه الأحكام المتضاربة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٧ ص ٩٢٩ - ص ٩٣٢ ، وفى الفروابط التى استخلصت من هذه الأحكام نفس المرجع فقرة ٨٢٧ ص ٩٣٣ .

أو من أى طريق آخر . وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضارباً كبيراً ، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة . فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يتم دليل على غير ذلك . وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقاً على الواقع ، وترك الباب مفتوحاً لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة . ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذا الشأن ، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر ^(١) . وقد فتح باب الوصية فعلاً للوارث ، فى الفترة ما بين وضع المشروع التمهيدى والمراحل التشريعية التالية للتقنين المدنى ، إذ أجاز قانون الوصية الصادر فى سنة ١٩٤٦ كما رأينا الوصية للوارث . ومع ذلك يبقى نص المشروع التمهيدى على حاله ، واستقر نصاً من نصوص التقنين المدنى ^(٢) .

وقد عرض هذا النص لتصرف المورث « لأحد ورثته » ، لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له . فإذا تصرف المورث لغير الوارث بأن باع مثلاً له داراً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠١ .

(٢) وقد حاولنا تبرير ذلك فى الجزء الأول من الوسيط إذ قررنا « ويبرر ملك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، بما يؤدى فى الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء للوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القانون ليصح وصايا ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية للوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث . فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة » (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٣٨٨ فى أسفل ص ٥٩٨) .

والواقع من الأمر أن الوصية المستترة لا يزال لها محل حتى بعد أن جازت الوصية للوارث ، فالوصية للوارث لا تنفذ بغير إجازة باق الورثة إلا فى ثلث التركة . ويقع أن المورث لا يكون له ابن يرثه ، فيلجأ إلى الوصية المستترة حتى يعطى لبنته أولزوجه كل ماله ، ولا يفتن بوصية سافرة لا تنفذ إلا فى ثلث التركة .

بها طول حياته ، ألا يجوز في هذا الفرض إعمال القرينة القانونية التي وردت في النص واعتبار التصرف وصية حتى يقوم الدليل على العكس ؟ لا شك في أن هناك ظروفاً تدفع المورث إلى الإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة ، كما لو كان ورثته من غير الأقربين وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبي يؤثر معها أن يوصي له بكل ماله أو بأكثره ، فيلجأ في هذه الحالة إلى الوصية المستترة . ونرى أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة ، في التصرف لغير الوارث ، إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة مطاوعة لحرفية النص ، فلا أقل من اعتباره قرينة قضائية . وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قرينة قضائية ، فهو في الحالتين يقبل لإثبات العكس .

وقد جعل النص من احتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة (١) . ويحتفظ المورث بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة

(١) وهذا لا يمنع من قيام قرائن قضائية على أن التصرف وصية مستترة فيؤخذ بها ، إذ يجوز للطعن في هذه الحالة إثبات مطاعه بكل طرق الإثبات بما في ذلك القرائن القضائية ، وليس من الضروري قيام هذه القرينة القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً في ماله ينحصر به المورث عن التصرف بالوصية ، لوارث آخر . وهذا الحق يكون كاملاً ولا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يطمئن به على تصرفات المورث الماسة بحقه ، وتنطبق عليه كاتنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطمئن على تصرفات المورث ، فيحل له إثبات مطاعه بكل طرق الإثبات . فإذا كان مدار النزاع أن المادعي عليهم في الطعن يطمنون على السند الذي تستمسك به الطاعة بأنه تصرف إنشاءي من المورث أخرجه في صيغته يخرج تصرف إقراري بقصد إنشاء وصية للطاعة مع أنها من ورثته الذين لا يصح الإيصاء لهم إلا بإجازة سائر الورثة ، وقدم خصوم الطاعة وهم من الورثة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه وصية لم يجرها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند ، فلا تأثير عليها في ذلك (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٤ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التي أوردتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فإنه إذ قضى المطعون عليها بتصحيحها الشرعي في =

بطرق مختلفة . والطريقة المألوفة هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يحصل منه

العقارات موضوع النزاع لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه لما كان للوارث أن يثبت طعنه في العقد الذي قصده الإضرار بحقه في الإرث بأي طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً، كان لحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد في العقد من القرائن القائمة في الدعوى ، ولو أدى ذلك إلى إهداره إقراراً بتصرف في العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه في ذاته ثبوت المستترين (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧) . وانظر أيضاً في نفس المتن نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٤ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢١ - ١١ مايو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ص ٨٢٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ رقم ١٣٧ ص ٩٨١ - ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ص ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ .

وانظر في تصرفات كيفت بأنها وصايا مسترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك : نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٩ (حصنت المحكمة فهم الواقع في الدعوى من دليل مقبول ينتج عقلًا وذكراً القرائن التي استدلت بها على أن البيع حقيقته وصية مسترة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٦ (القرائن هي عدم تسجيل العقد ، وعدم دفع الثمن ، وبقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١٠ (المقار لم يخرج من حيازة المتصرف طول حياته ، ولم يدفع ثمن عن التصرف ، والعقد عرفي لم يسجل) - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١١ (ورقة ضد بنصر تاريخ السند تضمنت تعهد المشتري بعدم المساس بملكية الأطيان طول حياة والديه البائعين له ، ثم بعد وفاتهما يكون لأخواته نصيب معين في الأطيان - عدم دفع شيء من الثمن - سبب البيع هو استكمال الابن النصاب القانوني للمودية) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ (نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٥) (قصد المتصرف أن يختص بعض أولاده - دون غيرهم بكل ما يترك من عقار ومنقول - لم يسجل سند التصرف واحتفظ به المتصرف طول حياته - التصرف بغير عوض - سند مماثل لسند التصرف بحرر في نفس اليوم ولكن لم يبين فيه الثمن) - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٨ (بقاء العقد في حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة - عدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من خمس سنوات - بقاء المورث متمتعاً بكل مظاهر الملكية : التأجير باسمه وبوصفه مالئاً ودفع الديون العقارية - فقر المتصرف له) - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٩ (المتصرف له لم يدفع ثمناً - العقد وجد في خزانة المتصرف بعد وفاته - قبضه

حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة ، مع منع المشتري من التصرف

أرباح السنوات التي استحققت بعد صدور العقد) - أول يولية سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢١ (باعت الزوجة لزوجها أرضاً ولكنها تصرفت بعد موته في حصة أكبر مما ترثه من الزوج ، ثم تصرفت في حصة أخرى مما دل على أنها لم تعتد بالبيع الذي صدر منها لزوجها) - ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٣ (زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه - لم تسجل العقود - استمرت الزوجة واطعة يدها ظاهرة بمظهر المالك - عدم دفع ثمن) - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٧ رقم ٢٥ (صدور العقد من أب إلى ابنه في مرضه الأخير بغير مقابل إثباتاً له على بناته - احتفاظ الأب بحق الانتفاع طول حياته - نفس الثمن) - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٢ (عدم دفع ثمن البيع - منع المشتريين من التصرف طول حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال) - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٥ (المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً ، وظل واطعاً يده حتى الوفاة ، واحتفظ بمقدار ثمن بيع دون تسجيل) - هذا ولا يكتفى بمجرد الظن في التصرف لإهدار حجته ، بل يجب على الطاعن أن يقيم الدليل بأي طريق من طرق الإثبات على أن التصرف حقيقته وصية : أنظر نقض مدني ٢٤ يولية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٩٣ ص ١٢٣٥).

وانظر في تصرفات لم تكيف بأنها وصايا مستترة لعدم قيام قرائن قضائية كافية تثبت ذلك : نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٥ (حررت والدة لابنها سنداً يدين يستحق الوفاء وقت الطلب وسلمته إليه ، ووجد السند بمنزل الابن عند حصر تركته) - أول فبراير سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٢٤٨ رقم ٢٧ (بيع منجز ووضع المشتري يده على المبيع ونص في العقد على أن له حق التصرف فيه - التزام البائع بالفيضان - سجل العقد قبل وفاة البائع) - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٨ (حرر المورث السند قبل الوفاة بنحو عشر سنوات ، وسلمه لمصادرها ، ونص فيه على سريان الفوائد) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء أول ص ٢٤٩ رقم ٢٣ (بيع منجز من والد لأولاده ، واشترط فيما بعد وجوب موافقة البائع على تصرف الأولاد في البيع وذلك على أثر رفع الأولاد على أبيهم دعوى بصحة التمتع ، وكان ذلك تقادياً للاستمرار في التقاضي) - ٤ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٢٤٩ رقم ٢٩ (تسلم المشتري العقد الابتدائي وشرع في التسجيل) - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ (أبى لوارث الإثبات بجميع الطرق فلم يستطع تقديم الدليل على أن التصرف وصية) - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ (عجز المدعى عن إثبات تنجز التصرف فاعتبر بيعاً أوهية مستورة) - ٢٤ يولية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ (لا يكتفى بإثبات أن المشتري ابن البائع وكان يقوم بمداومة والده في زراعة الأرض حتى وفاته وأن عقد البيع لم يسجل).

في الرقبة . وبذلك يبقى حائراً للعين باعتباره مستفهما لا مالكا ، ويبقى حائراً لما مدى حياته ، دون حاجة إلى تتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة (١) . ويصح ، للاحتفاظ بحيازة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة ، أن يلجأ إلى طريقة أخرى وإن كانت غير مألوفة . وذلك بأن يستأجر العين مدة حياته من المشتري ، بأجرة يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئاً (٢) . وقد علمنا عند الكلام في عقد الإيجار أن الإيجار لمدة حياة المستأجر جائز (٣) ، وأن الإيجار صحيح حتى لو نزل المؤجر عن الأجرة بعد أن ثبتت لمفى ذمة المستأجر (٤) ، جر فأولى أن يكون صحيحاً لو أعطى المؤجر للمستأجر مخالصة بالأجرة المستحقة عن مدة الإيجار بأكملها . ويتمكن المورث بهذه الطريقة من أن يستبقى حيازة العين في يده وأن ينتفع بالعين مدى حياته ، وذلك بموجب عقد الإيجار . أما مجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني فلا يكفي لقيام القرينة القانونية ، إذ لا يكون زمام الانتفاع بالعين في هذه الحالة في يد المتصرف ، بل يكون موكولاً إلى مشيئة المتصرف إليه ، فيستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد (٥) .

(١) ويبدو أن احتفاظ المورث بحق الانتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية ، فهو يتضمن اشتراط الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة في يده بصفته مستفهماً . وقد يضيف إلى ذلك عدم تسجيله لبيع وتصرفه في العين تصرف المالك ، فيكون بذلك قد قوى القرينة ودعمها .

(٢) وعليه في هذه الحالة أن يسجل عقد الإيجار لا حتمال أن تزيد مدته على تسع سنوات ، وكذلك المخالصة بالأجرة لا حتمال أن تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، وذلك حتى يكون كل من عقد الإيجار والمخالصة نافذاً في حق الغير .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ١١٦ من ١٤٥ .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ١٢٨ من ١٦٥ هامش ٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقاً للمادة ٩١٧ مدني هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريدته منه . ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين ، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل . ومن ثم لا يكفي لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لدى حياة المتصرف ، إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقررأ =

والاحتفاظ بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة^(١) ، وإن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة ، ليس بالقرينة القاطعة . بل يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحض هذه القرينة بأثبات العكس^(٢) ، ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة . فيصح أن يثبت المشتري من

لهذا الغير . كذا لا يكون أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته ، دون أن يكون مستنداً في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يحوله حقاً في الانتفاع . ومفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ مدني هو أن القرينة التي تضمنها لا تقوم إلا باجتماع شرطين ، أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ، ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه ، فإن الحكم يكون قد نفي احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تقتضي به القرينة القانونية الواردة في المادة ٩١٧ مدني (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يوفيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ .

وإذا كان مجرد الانتفاع تفعل انفي لا يستند إلى حق قانوني لا يكفي لقيام القرينة القانونية ، فإنه يجوز لمحكمة مع ذلك أن تستخلص من قرينة قضائية لا قرينة قانونية (إسماعيل غانم ص ٣٢ و ص ٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢٨ ص ٨١٤) .

(١) ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث أو الدائن ، فعليه أن يثبت أن المورث قد احتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع مدى الحياة ، فتقوم القرينة . ويصح أن يضمن المورث نفسه في التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية وقد رجح فيها ، فيقع عليه هو أيضاً عبء إثبات قيام القرينة القانونية . وما كانت هذه القرينة القانونية قد استحدثها التقنين المدني الجديد ، فإنها لا تكون ذات أثر رجعي ، ولا تدري على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢٩) . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ مدني مستحدثة ولم يكن لها نظير في التقنين المدني ، والقرينة التي استحدثتها هذه المادة ، لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، لا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القديم (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . ولكن يجوز للقاضي أن يتخذ منها ، في هذه التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدني الجديد ، مجرد قرينة قضائية .

(٢) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ .

المورث أن التصرف الصادر له هو بيع منجز أو هبة منجزة مستترة في صورة البيع ، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت . وذلك بأن يثبت مثلاً أن البيع قد سجل وقد نقل له التكليف ، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف ، وأن احتفاظ البائع بالحيازة يرجع إلى أن المشتري قاصر وقد باشر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره ولياً ، وأن احتفاظ البائع بالمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

فاذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية باثبات عكسها على النحو سالف الذكر ، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسرى عليه أحكام الوصية ، بل يعتبر بيعاً منجزاً أو هبة منجزة وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة (١) . وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة باثبات العكس ، وهذا هو الغالب في العمل ، بقيت القرينة قائمة ، واعتبر التصرف وصية مستترة تسرى عليها أحكام الوصية (٢) . ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها ، ولا تسرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتاً وتنفياً ، واستعرضت شروط التعاقد ، قدرت بسلطانها الموضوعية أن العقد جدي لا صورية فيه ، ورأت أن الادعاء بذلك لا تسع به ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين ، ثم استطردت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن العقد غير منجز بسبب عدم وضع يد المشتري وأنه وصية عملاً بالمادة ٩١٧ مدني ، فردت عليه واعتبرت للأسباب الساتفة التي أوردتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تمليك الابن الأطيان موضوع التصرف في الحال ، وإن تراخى تسليمها إلى ما بعد الوفاء بالثمن ، فإن النية على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٤٣٢) .

(٢) وحق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية لا بيع وبأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث ، سواء لأن التصرف قد صدر في مرض الموت أولقيام قرائن قانونية أو قضائية على أنه وصية مستترة ، حق خاص مصدره القانون ، وليس حقاً يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث . ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه ، إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه في الإرث (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥ .

في حق دائي التركة أصلاً بل يقدم حق الدائن على حق الموصي له . ويجوز للموصي في حال حياته أن يعدل عن الوصية ، فتسقط بالعدول عنها ، وكذلك تسقط إذا مات الموصي له قبل موت الموصي (١) .

المبحث الثالث

شهر الوصية

٨٥ - مشروع الوصية للشهر من قانون تنظيم الشهر العقاري :
قدمنا (٢) أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ لم يجعل الوصية بالعقار خاضعة للتسجيل ، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . وقد كان عدم إخضاع الوصية وحق الإرث للشهر نقصاً واضحاً في قانون التسجيل ، إذ أن ذلك كان يقطع حلقات تسلسل الملكية العقارية كما سبق القول (٣)

وقد تلافي هذا النقض قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ولا يزال معمول به حتى اليوم ، إذ أخضع كلا من الوصية بالعقار وحق الإرث للشهر .

فالوصية إذن ، كحق الإرث ، لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري ، أي منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . وعلى ذلك فالوصية الصادرة من شخص توفي قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ لا تخضع للشهر .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف المقصود في المادة ٩١٧ مدني هو ما يرد على ملكية العين أو على حق عيني فيها . أما الإقرار المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالقضاء الوقف الأمل ، وهي تقضي بأن يعتبر إقرار الواقف بأشهاد رسمي يتلقى العوض أو بثبوت الحق فيه حجة على ذوي الشأن جميعاً متى صدر في خلال الثلاثين يوماً التالية للفعل بالقانون ، قائماً ينصب على تلقى العوض . ومن ثم لا يعتبر هذا الإقرار تصرفاً في معنى المادة ٩١٧ مدني ولا يخضع لحكمها (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص ٢٧٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٨ .

وتسرى على هذه الوصية ، من حيث عدم خضوعها للشهر ، أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فتنقل بها ملكية العقار الموصى به من الموصى إلى الموصى له وقت وفاة الموصى دون حاجة إلى التسجيل .

٨٦ - كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون تنظيم الشهر العقاري :

تنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا ترول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . ونرى من ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقاري قد نص صراحة على وجوب شهر الوصية بعقار ، باعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له . وقد ذكر الوصية بالذات من بين التصرفات التي يجب شهرها ، حتى يزيل كل لبس في هذه المسألة . فقد قدمنا أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ لم يكن يخضع الوصية للشهر ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت في حين أن التصرفات التي تخضع للتسجيل طبقا لهذا القانون هي التصرفات فيما بين الأحياء . فأطلق قانون تنظيم الشهر العقاري لفظ « التصرفات » ولم يقيد بها بأنها التصرفات فيما بين الأحياء ، ثم عاد فذكر الوصية بالذات كما قدمنا إمعانا منه في التأكيد بأن الوصية تخضع للشهر .

وتشهر الوصية بطريق التسجيل ، كما هو صريح النص . وتشهر بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له إياها ، إذ في ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائي من شأنه أن ينقل الملكية للموصى له . أما شهر الوصية عند صدورها وقبل وفاة الموصى فسيعرض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصى عن الوصية ، إذ يجب عند ذاك التأشير على هامش التسجيل برجوع الموصى . كذلك يكون الأمر إذا شهرت الوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له إياها ، فقد يرد لها الموصى له وعند ذلك يجب التأشير على

هامش التسجيل بالرد . ومع ذلك يجوز للموصى أن يسجل الوصية باختياره بعد صدورها وقبل وفاته حتى يؤكد وجودها ويعلنه ، فإذا لم يؤثر على هامش التسجيل برجوع الموصى عنها أو برد الموصى له إياها ، بقي التسجيل نافذ المفعول وانتقلت الملكية إلى الموصى له عند وفاة الموصى (١) .

والذى يقوم بتسجيل الوصية هو الموصى له بعد وفاة الموصى ، وقد يقوم بتسجيلها الموصى في حياته كما قدمنا .

والحرر الذى يسجل هو السند المثبت للوصية ، أى الورقة الرسمية التى حررت لإثبات الوصية ، أو الورقة العرفية المصدق فيها على إمضاء الموصى ، أو الورقة العرفية المكتوبة كلها بخط الموصى والموقع عليها بامضائه . وقد يقوم نزاع في شأن الوصية ، فيستصدر الموصى له حكما نهائيا بصحتها ، ويقوم بتسجيل هذا الحكم .

ويدفع رسم نسبي عن تسجيل الوصية ، هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصى به وقت التسجيل . ويتم التسجيل في مكتب الشهر الذى يوجد العقار الموصى به في دائرته .

وجزاء عدم تسجيل الوصية هو ، كما تقول المادة ٩ من قانون الشهر العقارى سالفة الذكر ، أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهى لا تنتقل بين ذوى الشأن ، فتبقى في التركة عند الورثة ، ولا تنتقل إلى الموصى له (٢) . وهى لا تنتقل بالنسبة إلى الغير ، فلو أن الورثة رتبوا على العقار الموصى به حفا عينيا وبطل هذا الحق قبل تسجيل الوصية ، لم يجز الاحتجاج بالوصية على من ترتب له الحق العيني وقام بتسجيله . وقد قدمنا عند الكلام في شهر حق الإرث أن الموصى له إذا أشر بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة التالية لهذا التسجيل ، كان له أن يسجل الوصية في خلال هذه السنة .

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٠١ ص ٦٥٠ - وسرى أنه إذا توفي الموصى تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله الوصية ، فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل الوصية (أنظر مايل فقرة ٨٧) .

(٢) ويترتب على ذلك أن الموصى له لا يستطيع التصرف في العقار الموصى به قبل تسجيل الوصية .

فاذا قام بالتسجيل في خلال هذه المدة ، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به . ولو سجل هذا الأخير حقه العيني قبل تسجيل الوصية^(١) . أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة ، فالعبرة بتاريخ التسجيل ، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به^(٢) .

وتقول المادة ٩ من قانون الشهر العقاري مخالفة الذكر أيضا إن الوصية غير المسجلة لا يكون لها من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . وعلى ذلك يكون هناك التزام شخصي على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له ، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة إذ هم الذين يمثلون التركة . ويسجل صحيفة الدعوى ، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى .

٨٧ - إجراءات شهر الوصية طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقاري :

نستعرض هنا أربع صور ، يختلف بعضها عن بعض في إجراءات الشهر . ففي الصورة الأولى تكون الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء أو ختم الموصى . ويقوم بتسجيلها الموصى له بعد وفاة الموصى وبعد أن يكون الموصى له قد قبلها . وفي الصورة الثانية تكون الوصية في وضع الصورة الأولى ، ولكنها تكون محررة في ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه . وفي الصورة الثالثة يقوم الموصى نفسه في حالة حياته بتسجيل الوصية ، سواء كانت الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية . أما الصورة الرابعة . فهي صورة الوصية الواجبة التي سبق بيانها^(٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ١٥١ - عبد المنعم فرج الصلة فترة ٤٩٤ ص ٧٤٠ وفترة ٢٢ ص ٧٩٧ - ص ٧٩٨ - حسن كيرة ص ٤٢ .

(٢) قارن محمد كامل مرسى ٦ فترة ٥٧ ص ٧٩ - ص ٨٠ - محمد علي عركة في مقال له في الجديد في نظام الشهر العقاري مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ ص ٥٦٧ - ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فترة ٧٩ .

١ - فى الصورة الأولى حيث يقوم الموصى له بعد وفاة الموصى بتسجيل الوصية الموثقة فى ورقة رسمية أو المحررة فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ، وهذه هى الصورة الغالبة ، يقدم الموصى له إلى مكتب الشهر المختص ، وهو المكتب الكائن فى دائرته العقار الموصى به ، الورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق . ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وإحصار إرثه فى ورثته ، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات . يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة ، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له .

٢ - وفى الصورة الثانية ، التى هى كالصورة الأولى ولكن الوصية فيها محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه ، قد يستطيع الموصى له . أن يتفق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وباقرارها من ورثة الموصى . وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق ، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث . ويقدم الموصى له لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة باقرارها . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص ، يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة . ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد ، وتخطر الجهات المختصة ، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به ، ولاسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية .

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة ، فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها . ويسجل

عريضة الدعوى ، كما يؤثر بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث .
وعليه ، عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها ، أن يؤثر به على هامش
تسجيل عريضة الدعوى . وبذلك يتم تسجيل الوصية ، وتنتقل ملكية العقار
الموصى به إلى الموصى بهذا التسجيل ، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من
يوم التسجيل .

٣ - وفي الصورة الثالثة حيث يقوم الموصى نفسه في حالة حياته
بتسجيل الوصية ، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرتة العقار الموصى
به محرر الوصية بعد توثيقه أو بعد التصديق على التوقيع فيه . وبعد استيفاء
مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر
الوصية ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل هذا المحرر . ولكنه يمتنع عن التأشير
عليه بخاتم ناقل للتكليف ، لأن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة
الموصى . فإذا ما توفى الموصى ، تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاة
ولقبوله هو للوصية . فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل
الوصية وباخطار الجهات المختصة ، وكذلك باخطار المحافظة المختصة لتقوم
بنقل التكليف لاسم الموصى له (١) .

٤ - وفي الصورة الرابعة وهي صورة الوصية الواجبة ، إذا وجد
أصحاب وصية واجبة وقد سبق بيان من هم (٢) ، يبدأ بتحديد نصيبهم
في قائمة الجرد الخاصة بشهر حق الإرث ، وما يتبقى يكون تركة لباقي
الورثة يوزع بينهم بحسب أنصبتهم في الميراث ويبين ذلك في قائمة الجرد .

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : « كان الأصل أن يحصل الموثق عند توثيق الوصية
أو التصديق على التوقيع عليها رسوم انتقال كاملة . . ، شأنها في ذلك شأن باقي المحررات
الخاصة بالشهر . ولكن رأى المكتب الرئيسي ، نظراً لإمكان حصول الموصى عن وصيته حال
حياته ، أن يكتفى بتحصيل رسم التصديق أو رسم التوثيق . . فإذا تمت الوصية بوفاة الموصى
وقبول الموصى له صراحة أو ضمناً ، كلف بأداء رسوم انتقال الملكية . . ومع ذلك فلا مانع
من تحصيل جميع رسوم الشهر إذا ما رغب الموصى في ذلك ، إذ قد يكون غرضه أداء الرسم مقدماً
نيابة عن الموصى له ، توفيراً لما قد يكلفه هذا من أعباء مالية » (محمود شوق في الشهر العقاري
علماً وعملاً ص ٢٨١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٩ .

ويقدم الإعلام الشرعى المثبت لوفاء المورث وانحصار إرثه في ورثته أو ما يقوم مقام هذا الإعلام لمكتب الشهر المختص . ومعه قائمة الجرد . وذلك بعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات . فيقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصويرهما . وإرسال الصور للجهات المختصة . ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المورث (١) . ولا يستحق على شهر الوصية الواجبة أو الحكم المثبت لها أى رسم نسبي على انتقال الملكية ، إذ أن أصحاب الوصية الواجبة ملحقون بالورثة . فلا يدفعون الا رسم التصوير ورسم الحفظ (٢) .

٨٨ - شهر الوصية في قانون السجل العيني : وقد قدمنا أن قانون

السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ لا يطبق إلا في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل . وأنه إلى اليوم لم يصدر قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه هذا النظام . ولذلك فإن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به في جميع أنحاء البلاد (٣) .

ونورد هنا النص الخاص بشهر الوصية في قانون السجل العيني ، وهو مماثل لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التي أسلفنا ذكرها (٤) ، فتتضمن المادة ٢٦ من قانون السجل العيني على ما يأتى : « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب قيدها

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : « وإذا كان الإعلام الشرعى خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة ، وجب عليهم استصدار حكم شرعى باستحقاقهم . وهذا الحكم يخضع للشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث ، الذى يجب أن يبادر إلى تسجيله أصحاب الحق في الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم ، والتأشير على هامشه بصحيفة الدعوى المقامة باثبات أحقيتهم لنصيبهم في التركة » (محمود شوق في شهر العقارى علماً وعملًا ص ٢٨٣) .

(٢) أنظر في إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون الشهر العقارى محمود شوق في الشهر العقارى علماً وعملًا ص ٢٨٠ - ص ٢٨٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٨٦ .

في السجل العيني . ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . وقد نص قانون السجل العيني . كما نص قانون تنظيم الشهر العقاري . صراحة على وجوب شهر الوصية .

ويتم قيد الوصية في قانون السجل العيني بطريقة مماثلة للطريقة التي يتم بها تسجيلها في قانون الشهر العقاري . من حيث الوقت الذي يتم فيه القيد . وتعين من يقوم بالقيد : والمحرم الذي يقيد . وجزاء عدم القيد ، وقد بسطنا ذلك فيما تقدم (١) .

وأهم فرق بين القانونين هو أن التسجيل في قانون الشهر العقاري ليست له حجية مطلقة . أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجية ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٦ .

الباب الثالث

كسب الملكية

فما بين الأحياء

الفصل الأول

الالتصاق

٨٩ - مفومات الالتصاق وشكيفة القانونى : الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر . ومملوكين للمالكين مختلفين ، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج .

ويجب فى الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيئين ، دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما . فالكثر المدفون فى الأرض لا يعتبر ملتصقا بها ، إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منها . وإذا كان صاحب الأرض يمتلك الكثر فى القانون المصرى ، فإنه لا يتملكه بسبب الالتصاق ولكن بحكم القانون (١) .

ويجب أن يكون الشيئان متميزين أحدهما عن الآخر ، فالإصلاحات أو التحسينات التى يجرىها الحائز فى ملك غيره لا تعتبر شيئا متميزا عن الشيء الذى يجرى فيه الإصلاح أو التحسين ، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام الالتصاق ، بل تسرى عليها أحكام المصروفات (م ٩٨٠ مدنى) (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١ - عيد المنم البدراوى فقرة ٣٢ ص ٤١ .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٧٢ - عيد المنم البدراوى فقرة ٣٢ ص ٤١ - وتقضى المادة ٩٨٠ مدنى فى المصروفات الضرورية بأن يرد لها المالك كلها للحائز . وفى المصروفات الكالية بأن يكون للمالك الخيار بين المطالبة بتزعمها أو دفع قيمتها مستحقة الإزالة . أما فى المصروفات النافعة ، فتحيل المادة ٩٨٠ مدنى على أحكام الالتصاق ، وتميز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية طبقاً لهذه الأحكام .

كذلك الثمار التي تتولد من الشيء ، سواء كانت ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية ، ليست متميزة عن الشيء مستقلة عنه بل هي متولدة منه ، ولذلك لا تسرى عليها أحكام الالتصاق ، بل تسرى عليها أحكام الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩ مدني) . وكالثمار المنتجات ، إذ منتجات الشيء جزء منه ، وليست شيئا مستقلا عنه .

ويجب أن يكون الشيطان مملوكين للمالكين مختلفين ، فلو أقام شخص بماله بناء في أرضه لم يملك البناء بالالتصاق ، وإنما يملكه من الأصل إذ أقامه بماله . وإذا وجد في أحوال الالتصاق ، كما سنرى ، حلة يبدو فيها لأول وهلة أن أحد الشئين غير مملوك لأحد ، وهي حالة الأرض التي تتكون من طمي النهر إذ قد يقال إن الطمي لا يملكه أحد ، فالصحيح أن الطمي قبل أن يملكه المالك المجاور بالالتصاق كان ملكا عاما فهو ملك الدولة (١) ، وقد تحول إلى ملك خاص وتملكه المالك المجاور بالالتصاق . ولو كان الطمي غير مملوك لأحد ، لوجب القول بأن المالك المجاور يملكه بالاستيلاء لا بالالتصاق .

ويجب أخيرا ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين السابقين سابق على الاندماج ، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التي يستخدمها وأدماج فيها مادة من عنده فأصبحتا شيئا واحدا ، ملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقابلة لا بالالتصاق ، لسبق وجود اتفاق بين المالكين .

والالتصاق ، على هذا النحو ، هو واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية . فاندماج أحد الشئين في الشيء الآخر ، وهذه هي الواقعة المادية ، تكسب ملكية أحد الشئين للمالك الشيء الآخر . ذلك أن الشئين بهذا الاندماج قد أصبحا شيئا واحدا ، إذ يتعذر الفصل فيما بينهما دون تلف كما سبق القول . ولما لم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على من منهما يملك هذا الشيء بعد الاندماج ، فقد كان يمكن القول إن الشيء يكون

(١) وقد قلنا في الجزء الثامن من الوسيط أن الأملاك العامة يثبت فيها الدولة حق ملكية

مملوكا لهما على الشيوع ، كل بنسبة قيمة الشيء الذي كان يملكه مفرزا . ولكن هذا الحل غير مناسب من الناحية الاقتصادية في أكثر الأحوال ، ولذلك تدخل القانون فأسند ملكية الشيء كاملا بعد الاندماج إلى أحد المالكين ، إلا في حالات استثنائية أوجب فيها الفصل فيما بين الشئتين ولو أدى هذا الفصل إلى إتلاف أحدهما . واختار من المالكين مالك الشيء الأصلي فجعله مالكا للشيء التابع الذي اندمج في الشيء الأصلي ، على أن يعرض مالك الشيء التابع عن فقد ملكيته . وهذا هو الحل المعقول ، فما لك الأصل هو الذي يملك التبع ^(١) . بقی أن نعرف كيف ميز القانون بين الشيء الأصلي والشيء التابع . لم نقم هناك صعوبة في أهم صور الالتصاق وهي صور الالتصاق بالعقار ، فهذه الصور كما سنرى ، يلتصق فيها منقول ^(٢) بالأرض . فاعتبرت الأرض هي الشيء الأصلي في جميع هذه الصور ، حتى لو كانت أقل قيمة من المنقول الذي التصق بها ، كما لو أقيم بناء ضخيم على أرض قيمتها أقل بكثير من قيمة البناء . أما في صور الالتصاق

(١) وإذا كان الشيء الأصل محلا بحق انتفاع أو بحق ارتفاق أو كان له حق ارتفاق ، فانه عندما يندمج فيه التبع يمتد إلى التبع حق الانتفاع أو حق الارتفاق سلباً كان أو إيجابياً ، لأن الأصل والتبع يصبحان شيئاً واحداً (شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٢٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤) .

(٢) والمألوف أن يقسم الالتصاق بالعقار إلى حالتين : حالة التصاق عقار بعقار في التصاق الطمي بالأرض المجاورة ، وحالة التصاق منقول بعقار في التصاق المنشآت بالأرض . فتكون هناك أحوال ثلاث للالتصاق : التصاق عقار بعقار ، والتصاق منقول بعقار ، والتصاق منقول بمنقول (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٢٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١) .

والصحيح أن حالة التصاق الطمي بالأرض المجاورة لا تعدو أن تكون حالة التصاق منقول بعقار ، فالطمي قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو في حالة تراكه قد تحول من عقار إلى منقول ، ثم التصق بالأرض فأصبح عقاراً بطبيعته ، شأنه في ذلك شأن مواد البناء كانت متقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقاراً (أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٩ ص ٢٩١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠ - إسماعيل غانم ص ٥٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨١ هامش ١ - حسن كيرة ص ٥٨) . فلا يكون هناك إذن إلا حالتان للالتصاق : (١) التصاق منقول بعقار ، وهذا الالتصاق إما أن يكون التصاقاً طبيعياً بفعل المياه وهو التصاق الطمي بالأرض ، أو التصاقاً صناعياً بفعل الإنسان وهو التصاق المنشآت بالأرض . (٢) التصاق منقول بمنقول . وعلى ذلك يكون الشيء الذي التصق بغيره ، وأصبح مملوكاً بسبب الالتصاق متقولا على الدوام .

بالمقول وهي صور نادرة . فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة «مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث . وحالة الطرفين ، وحسن نية كل منهما » (م ٩٣١ مدني) . فإذا استطاع القاضى أن يميز الشيء الأصلي من الشيء التابع ، ولم تحل قواعد العدالة أو الظروف الهيطة بالمالكين ، وبخاصة ظرف سوء النية : دون أن يجعل مالك الشيء الأصلي هو المالك للشيء التابع ، فعل ذلك . وقد يجعل ، عند عدم استطاعة التمييز بين الأصل والتبع ، الشيء مملوكا على الشيوع للمالكين معا .

فالقاعدة إذن أن مالك الشيء الأصلي هو الذى يملك الشيء التابع ، ويملكه بسبب واقعة مادية هي واقعة الالتصاق . ولا يجوز الخلط ، كما قدمنا ، بين تملك المالك للثمار المتولدة من الشيء وتملكه للشيء التابع بسبب الالتصاق . فلكية الثمار ليست ملكية جديدة ، بل هي ملكية متفرعة عن ملكية الشيء الذى تولدت منه الثمار ، فيمتد حق الملكية من الشيء إلى ثماره . أما الملكية بسبب الالتصاق فلكية جديدة مستقلة عن ملكية الشيء الأصلي ، كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق . فالمالك بالالتصاق قد كسب ، بسبب جديد ، ملكية جديدة . أما مالك الثمار فلم يملكها بسبب جديد بل ملكها بموجب ملكيته الأصلية ، وهذه الملكية الأصلية ذاتها هي التى جعلته مالكا للثمار ، إذ امتدت من الشيء إلى الثمار التى تولدت منه (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى أوبرى درو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٠ هامش ١ وفقرة ٢٠٢ ص ٢٤٨ هامش ١ - جوسران ١ فقرة ١٦٥٠ - مازو فقرة ١٥٨٩ - بلانيول وريبيروبيكار ٢ فقرة ٢٤٩ وفقرة ٢٥٦ ص ٢٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩ ص ٤٩ هامش ١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٥ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨٢ - حسن كيرة ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر عكس ذلك وأن الالتصاق ليس سببا لكسب ملكية جديدة ، وإنما هو واقعة تؤدى إلى إلحاق الشيء التابع بالشيء الأصلي ، فيمتد حق الملكية من الشيء الأصلي إلى الشيء التابع كما يمتد إلى الملحقات من ثمار وغيرها : ديمولومب ٩ فقرة ٥٧٣ - بيداق وفواران فقرة ٣٢٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بلانيول وريبيرو وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٣٠ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ - عبد الفتاح عبد الله فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٠ ص ٤٠ - وانظر في هذه المسألة أنيكلويدي دالوز ١ لفظ accession فقرة ٢ - فقرة ٤ .

٩٠ ما استحدث التقنين المدني الجريم من الأحكام في الالتصاق :

لم يستحدث التقنين المدني الجديد في الالتصاق إلا قليلا من الأحكام . وقد نقل أكثر أحكام الالتصاق عن التقنين المدني السابق . وتيسر مثله في الأحكام المتعلقة بتملك المنشآت القائمة على الأرض بسبب الالتصاق ، فميز بين صور ثلاث :
فقد يقيم صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة لغيره ، وقد يقيم صاحب المواد منشآت على أرض مملوكة لغيره ، وقد يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض هي أيضا مملوكة للغير . وصدر التقنين الجديد هذه الصور الثلاث بنص لا مقابل له في التقنين السابق ، إذ قضى بأن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته ، ويكون مملوكا له . وجعل هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فقد يقيم أجنبي الدليل على أنه هو الذي قام بالمنشآت على نفقته بترخيص من صاحب الأرض أو بدون ترخيص ، أو أن المنشآت إلى أقامها صاحب الأرض انتقلت ملكيتها إلى الأجنبي (م ٩٢٢ مدني) .

وأهم ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام هو ما يأتي :

- ١ - أجاز للقاضي . عند الحكم بالتعويض للباني في أرض الغير ، أن يجعل وفاء التعويض له على أقساط دورية (م ٩٢٧ مدني) .
- ٢ - عكس في حالة استثنائية أحكام الالتصاق ، فجعل صاحب البناء هو الذي يملك الأرض . وذلك فيما إذا كان المالك الذي يقيم بناء في ملكه قد جاز بحسن نية على جزء صغير من الأرض المجاورة ، فيجير صاحب الأرض المجاورة على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء الصغير من الأرض المشغول ببناء الجار . وذلك في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني)
- ٣ - لم يعمل أحكام الالتصاق في حالة المنشآت الصغيرة التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، كالأكشاك والخوانيت والآوى . فهذه تكون ملكا لمن أقامها ، ولا يملكها صاحب الأرض بالالتصاق (م ٩٢٩ مدني) ^(١) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

٩١ - أموال الالتصاق : وقد جعل التقنين المدني للالتصاق أحولا ثلاثا :

- (الحالة الأولى) حالة الالتصاق الطبيعي بالعقار (accession naturelle) وهي حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه .
- (الحالة الثانية) حالة الالتصاق الصناعي بالعقار (accession artificielle) ، وهي حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان .
- (الحالة الثالثة) حالة التصاق المنقول بالمنقول .

المبحث الأول:

الالتصاق الطبيعي بالعقار

(التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه)

٩٢ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩١٨ مدني على ما يأتي :
« الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .

وتنص المادة ٩١٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » .

« ٢ - ولا يجوز التعدي على أرض البحر ، إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طفي عليه البحر » .

وتنص المادة ٩٢٠ مدني على ما يأتي :

« ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة ، كياه البحيرات والبرك ، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ، ولا تزول عنهم ملكية ما تغطي عليه هذه المياه » .

وتنص المادة ٩٢١ مدني على ما يأتي :

« الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، وبالجزائر

التي تتكون في مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها^(١) وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق م ٦٠-٦٣/٨٤-٨٨^(٢).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٩٢٢-٩٢٥ - وفي

(١) تاريخ النصوص :

م ٩١٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥) .

م ٩١٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) .

م ٩٢٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٧ - ص ٣٠٨) .

م ٩٢١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠) .

(٢) التقنين المدني السابق :

م ٨٤/٦٠ : ما يحدث من طمس الأنهر على التدرج يكون ملكاً لذلك الأرض التي على ساحل النهر .

م ٨٧/٢ : وأما الأراضي التي يتكشف عنها البحر المالح فتكون ملكاً للبر.

م ٨٨/٦٣ : لا يجوز التعدي على أرض البحر إلا لإعادة حدود المالك إلى ما كانت عليه .

م ٨٦/١ : الطمس الذي يحدث في البحيرات يكون ملكاً لأصحابها .

م ٨٥/٦١ : أما الأراضي التي يحملها النهر بقوة جريانه والجزائر التي تتكون فيه

فيتبع فيه منطوق اللامعة الصادر في سنة ١٢٧٤ (٢٤ في الحجة ١٢٧٤ هجرية) .

(ونصوص التقنين المدني السابق تتفق في أحكامها مع نصوص التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٦ - وفي قانون الملكية العقارية
البنائي المواد ٢٠٦ - ٢١١ (١).

ويتبين من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون
بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة في البحيرات والبرك ، وليس في هذه
الحالة مجال للتملك بالالتصاق . وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكم
الطمي ، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكا لصاحب الأرض
المجاورة . وفي هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية .
إذ يملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بسبب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٩ : إن الطمي ،
أي التراب الذي يتجمع بطريقة تنرجية غير محسوسة على الأرض المجاورة لمجرى ماء ، يكون
ملك هذه الأرض (توافق المادة ٩١٨ مصرى) .
م ٨٨٠ : إن الأراضي التي تتحول عن أماكنها بسبب حادث وقع قضاء إلى أرض
لوطاً منها ، يجوز لمالكها ، إذا كان من الممكن معرفتها ، أن يطالب بها في أثناء السنة التي
تلي الحادث ، وإذا انقضت السنة ولم يدع بها سقط حقه في الادعاء .
م ٨٨١ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في مجرى الأنهر
أو مجارى المياه ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٢ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة والطمي التي تتكون في داخل البحيرات ،
وكذلك طمي البحيرات والبحر ، هي جزء من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٣ : إن الأراضي المكتسبة من البحر أو البحيرات أو القردان أو المستنقعات
بدون ترخيص سبق لمكتشفها . تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٤ : ١ - إذا اتخذ نهر كبير أو صغير مجرى جديداً بتركه مجراه القديم ، فيحق
لأصحاب العقارات المجاورة الحصول على ملكية المجرى القديم ، كل واحد في القسم الذي يكون
أمام أرضه حتى خط مفترض في وسط النهر . ٢ - يحدد ثمن المجرى القديم خبراء يمينهم
رئيس المحكمة الابتدائية المدنية في منطقة العقار . ٣ - يوزع الثمن الحاصل من هذا البيع بصفة
تعويض على أصحاب الأراضي التي أشغلها المجرى الجديد بنسبة قيمة ما خسر كل واحد منهم
من الأراضي .

(وهذه المواد تقابل المواد ٩١٩ - ٩٢١ مصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٢ - ٩٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٥ (توافق المواد ٩١٨ - ٩٢٠ مصرى) .

م ١١١٦ (توافق م ٨٨٤ سوري) .

قانون الملكية العقارية البنائي م ٢٠٦ - ٢١١ (توافق المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ سوري) .

الالتصاق . وقد يحول النهر أرضاً من مكانها إلى مكان آخر ، أو ينكشف عنها ، أو يكون جزراً في مجراه . وهذا ما يسمى بطرح النهر ، فهذه الأراضي جميعاً تخضع لقوانين خاصة ولا تسرى عليها أحكام الالتصاق . فنبعث كلاً من هذه الحالات الثلاث .

٩٣ - فمن مياه البحر والمياه الراكدة والبحيرات والبرك : رأينا

أن المادة ٩١٩ مدني تقضي بأن البحر إذا انحسر عن شاطئه وانكشف عن أرض ، فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة (١) . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن شواطئ البحر تعتبر من الأملاك العامة ، ولكن الأراضي التي تتكون من طمي البحر والأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر (les lais et relais de la mer) هي من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها (٢) .

ومن جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضي المجاورة لشواطئه فغمرها بالمياه ، فإن ملك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها ، وليس من شأن طغيان البحر وهو قوة قاهرة أن يفقدهم هذه الملكية ، ويجوز لهم أن يعملوا على إعادة حدود أراضيهم التي طغت عليها مياه البحر . ولكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التعدي على أرض البحر : لا على شواطئه لأنها من أملاك الدولة العامة ، ولا على الأرض التي ينحسر عنها أو يكونها طميه لأنها من أملاك الدولة الخاصة كما قدمنا .

وكالبحر البحيرات والبرك والمستنقعات ، وقد رأينا أنها من الأملاك العامة للدولة (٣) . وتقضي المادة ٩٢٠ مدني متألقة الذكر أن ملك الأراضي

(١) ويمكن تحليل ذلك بأن شاطئ البحر هو من أملاك الدولة العامة ، فتكون الدولة هي المالك المجاور (propriétaire riverain) البحر ، أما المالك المجاور لشاطئ البحر فإنه ليس مالكاً مجاوراً للبحر نفسه (بودري وشوفو فقرة ٣٩٤) . وقبل صدور التقنين المدني السابق (أي قبل عهد الإصلاح القضائي ، كانت الأرض التي ينكشف عنها البحر تعتبر أرضاً لا مالك لها فكان يمكن تملكها بالاستيلاء لا بالالتصاق) استتاف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٩ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٨ - وقد تكون البركة أو المستنقع مملوكاً للأفراد ملكية خاصة ، في هذه الحالة يملك صاحب البركة أو المستنقع ما ينكشف من أرض ولا يفقد ملكية ما غمر من أرض ، وهذا يعني لأن نفس البركة أو المستنقع مملوك له .

المجاورة لمجارى هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه من أراضى :
فالأراضى التى تنكشف عنها هذه المجارى هى إذن من أملاك الدولة الخاصة
كالأراضى التى ينكشف عنها البحر فيما قدمنا . كذلك إذا غمرت مجارى هذه
المياه الراكدة الأراضى المجاورة : فان ملاك هذه الأراضى لا يفقدون
ملكيتها . ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه . فحكم المياه
الراكدة إذن كحكم مياه البحر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى
فى هذا الصدد : « والالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك
يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل ،
فترجع لصاحبها . أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد ، فان هذه
الأرض تكون ملكا للدولة . فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر » (١) .

٩٤ - فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي (alluvion) :

رأينا (٢) أن المادة ٩١٨ مدنى تنص على أن « الأرض التى تتكون من طمي
يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .
ويستخلص من هذا النص أنه يشترط فى تراكم الطمي بفعل مياه النهر أن
يكون الطمي قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة (successivement et
imperceptiblement) (٣) . فيجب إذن أن يتراكم الطمي على ضفة النهر
وبجانب الأرض المجاورة (٤) متدرجا فى خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى وجه
غير محسوس (٥) . أما إذا حول النهر فجأة ، بفعل قوة الفيضان غير العادى ،
أرضا من مكانها إلى مكان آخر ، فليس هذا تراكم الطمي التدريجى غير

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٣) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م

٣٩ ص ٢٢٢ .

(٤) أوبجانب جزيرة أصبحت هى نفسها ملكاً خاصاً لأحد الأفراد (استئناف مخطط

٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢) .

(٥) أما الطمي الذى يتكون من المصارف ويتخلف فيها بسبب عدم تطهيرها مدة

طويلة ، فهذه لا يجوز للمالك الأرض المجاورة أن يملكها بالالتصاق ، بل يرجع الحكم فى

ملكيتها إلى القواعد العامة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٥ ص ٣٨) .

المحسوس (alluvion) وإنما هو طرح النهر (avulsion) ، ولا تكون الأرض المترعة ملكا للملاك المجاورين بطريق الالتصاق ؛ وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة بها كما سيجىء . وإذا كان يشترط في تراكم الطمي أن يكون غير فجائي ، فإن هذا لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائيا . فقد يتراكم الطمي على مدى السنين بطريقة تدريجية غير محسوسة ولكنه يكون مغطى بالماء غير ظاهر ، ثم يزيد تراكم الطمي فتظهر الأرض المتكونة منه فجأة فوق الماء ، وتصبح مملوكة للملاك المجاورين بطريق الالتصاق (١) . ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمي أهل منسوب المياه في أشد وقت من أوقات فيضان النهر (٢) ، وإلا بقيت جزءا من مجرى النهر ، وذلك بشرط أن يكون الفيضان عاديا (٣) فلا يعتد بتغطية المياه للأرض في أثناء الفيضانات غير العادية . ويستوى أن يكون تراكم الطمي قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها (٤) ، أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفتي النهر (٥) . ويجب أخيرا أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد تكونت ملاصقة لصفة

(١) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٢٢ .

(٢) أوبرى وردو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٢٥٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط أن تكون الأرض المتصقة نتيجة للنشأ قد بلغت من الارتفاع حداً يجاوز منسوب ارتفاع المياه في وقت الفيضان العادي (نقض ملف ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص ١٤٨) . وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٢ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٤ ص ٤٣ - حسن كيرة ص ٦١ .

(٤) ولو يتحول سير المياه دون أن يترك النيل مجراه (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) . وإذا ادعت الحكومة أن ازدياداً في طرح النهر فيكون ظاهراً ، وليس تراكم طمي فيكون للجائر ، فعليها هي عبء الإثبات (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥ ص ١٠٨) .

(٥) أوبرى وردو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ - بودري وشوفو فقرة ٣٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٢ - نقض فرنسي ١٠ فبراير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ١١٨ .

ولكن لا يجوز أن تكون هذه الأعمال قد قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع في عملية تراكم الطمي ، كأن يضع دؤوساً من الأحجار أو الأخشاب في مجرى النهر تساعد

النهر . فإذا حال بينها وبين ضفة النهر جسر مجرى عام (١) . أو كانت المياه لا تزال تجري بينها وبين ضفة النهر ، فإنها لا تخضع لأحكام الالتصاق (٢) . ومتى توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، فإن الأرض المتكونة من الطمي تصبح ملكاً لمالك الأرض المجاورة لها وذلك بطريق الالتصاق . وهذه هي الصورة الوحيدة للتملك بالالتصاق بفعل المياه كما سبق القول . ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمي كانت قبل أن تلتصق بصفة النهر طمياً من أملاك الدولة العامة : فأصبحت بالالتصاق ملكاً خاصاً لمالك الأرض المجاورة ، لا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة . وعلى ذلك يكون الالتصاق قد نقل الشيء من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض المجاورة (٣) دون تعويض (٤) ، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي يملك فيها صاحب الشيء الأصلي بالالتصاق الشيء التابع دون أن يدفع تعويضاً لصاحب هذا الشيء التابع (٥) .

- على تجميع الطمي ، فإن هذا يكون تمديداً على مجرى النهر ولإدارة أن تمنحه . ويكون الطمي هنا ملكاً للدولة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٢٥١ هامش ٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣ ص ٥٤ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٢ ص ٢٩٤ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ - حسن كيرة ص ٥٧ - نقض ملف ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ١١٠٩ - استئناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٤٧) .

(١) نقض ملف ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ١١٠٩ .
(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ - وقد قضى بأنه يشترط في طمي النهر أن يظهر فوق أعلى منسوب مجرى النهر وقت فيضانه العادي ، وأن يكون ملتصقاً بأرض المالك على ساحل النهر ، وأن يتكون بالتدريج وبطريقة غير محسوسة دون أن يكون لا عمل الحكومة دخل في تكوينه (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٣٩٦) .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الزيادة التي تحدث من طمي الأنهار على التدريج تكون ملكاً لمالك الأرض التي على الساحل ، فإذا وضع المالك يده على تلك الزيادة ونازعته الحكومة في ملكيتها بدعوى أنه استأجرها بمقد وقعه ، فلا يكون ذلك سبباً لحرمانه من ملكيتها القانونية متى تبينت المحكمة أن أحوالاً اضطرارية اقتضت ذلك التوقيع . ومن ثم يجب الحكم له بالملكية ، بصرف النظر عن توقيعه عقد الإيجار (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٦ ص ١٨٧) .

(٥) وإذا أرادت الحكومة أن تظهر النهر بازالة ما يتراكم من الطمي على ضفتيه فإن كان الطمي قد تكون أرضاً وأصبح ملكاً خاصاً لصاحب الأرض المجاورة ، لم تستطع الحكومة أن تزيل هذه الأرض بدعوى أنها كانت طمياً قبل ذلك وكان مملوكاً لها ، بل يجب عليها أن تتخذ إجراءات نزع الملكية . أما إذا كان الطمي لم يتكون بعد ، فإن الحكومة تستطيع أن تزيله قبل أن يكتمل تكوينه (محمد كامل مرسى ٣ رقم ٤٤ ص ٥٧ - عبد المنعم الدراوي فقرة ٣٥ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ - حسن كيرة ص ٦١) .

وإذا تعددت الأراضي المجاورة للأرض التي تكونت من انطى على النحو سالف الذكر . واختلف ملاكها ، تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه ، أى الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على جهة النهر من نهايتى كل أرض (١) .

٩٥ - طرح النهر وأكو : رأينا (٢) أن المادة ٩٢١ ملق تنص على أن « الأراضي التي يحولها النهر من مكانها . أو ينكشف عنها . والجزائر التي تتكون في مجراه » تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها . ويستخلص من هذا النص أن النهر . في أوقات فيضانه الشديد . قد يحول جزءا من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر . في نفس الضفة أو في الضفة المقابلة . وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءا من مجراه . ويغير أرضا أخرى فتتحول مجرى له . وقد يكون الطمي في وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلي منسوب المياه ، فتظهر أرضا في وسط الماء الذي يحيطها من جميع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والقذف بها في وسط المجرى ، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا في مجرى النهر . وهذه العمليات جميعا - تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر - تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه وهذا ما يسمى بطرح النهر . واختفاء أرض عن المكان الذي كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر .

(١) أوبرى وردو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - متى تملك صاحب الأرض الملاصقة الطمي على النحو سالف الذكر ، فإن هذا الجزء يعتبر جزءا لا يتجزأ من أرضه ، وتمتد إليه الحالة القانونية التي للأرض الأصلية . فإذا كانت هذه الأرض مثقلة برهن أو امتياز أو حق ارتفاق أو حق انتفاع أو بتكليف عيني آخر ، امتد هذا التكليف إلى الطمي . وإذا كان صاحب الأرض الأصلية في طريقه إلى تملكها بالتقادم ثم تملكها بهذا السبب ، فإنه يملك معها الطمي حتى ولو لم تكتسب مدة التقادم بالنسبة إلى هذا الطمي (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥ ص ٤٤) . وإذا بيعت الأرض تحت شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط حدثت قنينة ، فهذه الزيادة عند تحقق الشرط تكون للمشتري دون زيادة في الثمن . وكذلك إذا بيعت الأرض تحت شرط فاسخ ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فإن الأرض عند تحقق الشرط تعود بالزيادة إلى التصفق بها للبائع دون مقابل (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ ص ٤١) .

(٢) أنظر آغا فقرة ٩٢ .

وتقضى المادة ٩٢١ مدني : كما رأينا ، بأن ملكية الأراضي التي يشتمل عليها طرح النهر تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها . وهذه القوانين الخاصة تسري أيضا ، بطريق التلازم : على أكل النهر . وقد تعاقبت هذه القوانين الخاصة : يأتي قانون بعد آخر يلغيه ويحل محله . وأولها اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية) (١) . وتلاها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (٢) . ثم تلاه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام اللائحة السعيدية ، بأن تعتبر أطيان الجزائر (طرح البحر) عملاً ينص المادة ٦١ من القانون المدني القديم وينصوص اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ من ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هـ ملوكة أصلاً للحكومة ، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو بيعها إليهم بالمزاد . وإذن فإن الحكم المطعون فيه ، إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه لهذه الأطيان بأي سبب من أسباب التملك ، يكون قد أقال قضائه بملكية الحكومة لها ورفض دعوى المورث المذكور على أساس يكتفي لحمله (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ علماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٠) .

وقضى أيضاً ، تطبيقاً لللائحة السعيدية ، بأن الحق في مطالبة الحكومة بقيد أكل البحر في الملكيات ينشأ من التاريخ الذي يقع فيه أكل البحر ، ويسقط بمضي ١٥ سنة (استئناف أسيوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤١ ص ٣٢١) . وقضى ، تطبيقاً لنفس اللائحة ، بأنه وإن كانت المادة ١٤ من اللائحة السعيدية قضت بأن الأطيان الناتجة من طرح البحر يستوفى منها الملاك من أهل البلاد المجاورة لتلك الأطيان مسبقاً أن أكله البحر من أطيانهم ثم يباع ما يكون زائداً لأهل تلك البلاد وبطريق المزاد ، إلا أن هذا النص لا يمنع الحكومة من تأجير تلك الزيادة بدل بيعها . فإن إصطاء الحكومة الحق في بيع تلك الأطيان بعد استيفاء عجز أطيان الأهالي معناه أن هذه الزيادة تعتبر ملكاً للحكومة ، ومتى كانت الملكية مقررة للحكومة فإنه كما يكون لها بيعها يكون لها تأجيرها (استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٢ ص ١٦٩) .

أنظر في نصوص اللائحة السعيدية محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٠ ص ٦٥١ هامش ١ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، بأن القول بأنه إذا صدر قرار من وزير المالية بتوزيع طرح البحر مخالفاً لنصوص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ وجب على المحاكم عدم الاعتداد به لخالفته نص المادة ٩ من الدستور التي تقضي بالألا يتزع من أحد ملكه إلا المنفعة العامة وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً ، هذا القول مردود بأن الأطيان التي يطحن عليها البحر تزول ملكيتها قانوناً بمجرد أكل البحر ، وبأن أطيان طرح البحر لا تعتبر ملوكة لمن أكل البحر من أطيانهم إلا بعد توزيعها عليهم من الدولة التي تعتبر المالكة قانوناً لأحكام الطرح بمجرد ظهورها . وعلى ذلك لا يكون قرار وزير المالية بالتوزيع متضمناً نزاع ملكية أي شخص من ملكه (نقض مدني ١٦ ديسمبر مجموعة

ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، فالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ (١) وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وهو القانون المعمول به الآن ، وقد أفرد الباب الثاني منه للأحكام الخاصة بطرح النهر

=المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى صار توزيع طرح البحر على أربابه شيوعاً فيما بينهم بمقتضى قرار وزير المالية طبقاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، كان هذا القرار سنداً بملكية الشركاء ومصدراً للشيوع فيما بينهم . ولا تكون هناك صلة هذه الملكية بملكيتهم التي أكلها البحر ، والطرح الجديد يصبح منذ ظهوره ملكاً للدولة حتى يوزع على أربابه طبقاً لشروط القانون (نقص مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقص ٧ رقم ١٤١) . وقضت كذلك بأن تعتبر أراضي طرح البحر ، وفقاً لنصوص المادتين ٢ و ١٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، من أملاك الدولة التي توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعارضة فيه . ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية له قوة انعقد الرسمى . وهذه النصوص إنما تسرى على أراضي « الميرى » الخاصة المتخلفة عن طرح البحر ، ولا شأن لها بالأملاك العامة . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفي تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر ، لتوقعها في مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز تملكها أو التصرف ، فإنها لا تكون محلاً لصدور قرار من وزير المالية بتوزيعها ، ولا قرار من جهة الإدارة بإضافتها إلى الملك الخاص للأفراد . وصدور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ، ويكون من حق جهة الإدارة العدول عنه (نقص مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقص ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

(١) وكانت القاعدة المتبعة منذ اللائحة التنفيذية هي أن الحكومة تقوم بتوزيع طرح النهر على أصحاب أكل النهر . وظلت هذه القاعدة معمولاً بها مع اختلاف في تفاصيل التنظيم إلى أن صدر قانون سنة ١٩٥٧ ، فاستحدث هذا القانون قاعدة جديدة هي تعويض أصحاب الأكل تعويضاً تقديراً لا تعويضاً عينياً . وبقيت هذه القاعدة الجديدة معمولاً بها في قانون سنة ١٩٥٨ ، وأنشئت بموجب المادة ٥ من هذا القانون « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » تتولى بيع أراضي الطرح بعد فترة انتقالية تؤخر فيها حذ الأراضي لصغار الفلاحين . ومن ثمن بيع هذه الأراضي يعوض أصحاب الأراضي المأكولة ، ومقدار التعويض هو خمسون مثلاً من ضريبة الأقطان .

وقد ألغيت « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٢ ، وأحيلت أعمالها على الإدارة العامة للأملاك وطرح النهر . ثم أدمجت هذه الإدارة في الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٦ لسنة ١٩٦٣ ، وأصبح لمجلس إدارة الهيئة الاختصاصات التي كانت مقررة لمجلس إدارة صندوق طرح النهر وأكله .

وأكله ، فتقف عنده وحده ، وتستعرض في إيجاز هذه الأحكام (١) .

يعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مملوكا للدولة ملكية خاصة « أراضي طرح النهر » ، وهي الأراضي الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والخزائر التي تتكون في مجراه ، (م ٢-١) . وتفصل المادة ١١ من نفس القانون هذا الحكم ، فتتص على أن « يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة . وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة ، وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظات . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينييه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا ، ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية » (٢) . وتبدأ الإدارة بتأجير أراضي الطرح إلى أن تتمكن من بيعها ، ويكون التأجير طبقا لأحكام المادة ٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتؤجر في حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجره المثل . ثم تباع هذه الأراضي طبقا للأحكام المقررة في التصرف في الأراضي الزراعية بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتوزع على صغار الفلاحين طبقا لأحكام قانون

(١) وقد ألقى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) أيضاً قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالشروط والأوضاع اللازمة لبيع طرح النهر لصغار المزارعين . (٢) وقد قلنا أنه قبل صدور قانون سنة ١٩٥٧ كانت القاعدة المنبئة هي توزيع أراضي طرح النهر توزيعاً عينياً على أصحاب أكل النهر ، ويتم التوزيع بنسبة تتعادل بين ما أكل وما طرح . ويصدر بالتوزيع قرار من وزارة المالية . ويجب تسجيل هذا القرار ، ويترتب على تسجيله نقل الملكية لمن وزع الطرح عليهم وإمكان التصرف في الأراضي الموزعة . وتسجيل القرار غير واجب قبل نفاذ قانون الشهر العقاري ، فإن هذا القانون هو الذي أوجب شهر التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية ، وليس له أثر رجعي . ولا أثر رجعي كذلك للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ، وتنص المادة العاشرة منه على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ، ويكون سداً له قررة العهد الرسمي ، ويسجل بدون رسم (نفق مدق ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٤ رقم ٢٤) .

الإصلاح الزراعي (م ١/٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) (١) .
ولا يدخل في الأراضي التي توزع أراضي طرح النهر غير الثابت التي لم يمحض
على ظهورها سنتان ، وكذلك الأراضي الواقعة في أسفل ميول الطرح الواطي
التي لا تنحسر عنها المياه حتى أو شهر فبراير من كل سنة ، وذلك حتى
تستقر هذه الأراضي وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقاً لحالتها على الطبيعة ووصفها
الوارد في سجلات قوائم الحصر والمساحة (م ٢/٨ من قانون سنة ١٩٦٤) (٢) .
ويعوض أصحاب أكل النهر تعويضاً تقديماً ، بما يعادل خمسين مثلاً من
الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه .
وإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت صدور الأكل أو إذا
تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل ، كان تقدير التعويض على أساس
متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضي الجزائر الملاصقة
للنيل في البلدة الواقع في زمامها الأكل (م ١٤/١ من قانون سنة ١٩٦٤) (٣) .
ولا يجوز التصرف في حق التعويض عن أكل النهر ، ويقع باطلاً كل تصرف
يتم بالمخالفة لهذا الحكم (م ٢/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) .
وترفع الضرائب العقارية عن الأراضي التي يأكلها النهر ابتداء من
أول شهر يناير التالي لتاريخ حدوث الأكل ، وتربط على أراضي طرح النهر
التي توزع أو تباع الضريبة العامة للحوض الذي تقع فيه ابتداء من أول يناير
التالي لتاريخ تسليمها إلى المتصرف إليه فيها (م ٢٠ من قانون سنة ١٩٦٤) .

(١) ويجوز على سبيل الاستثناء ، طبقاً لأحكام المادة ١٠ من قانون سنة ١٩٦٤ ، بيع
أراضي الطرح بطريق الممارسة في حدود خمسة أفدنة لكل مشتر ، إلى طوائف معينة حددتها
المادة ١٠ المذكورة . وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٦٤ مراتب الأولوية في الشراء
بين هذه الطوائف ، والشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن
الأراضي المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى .
(٢) وتنص المادة ١٣ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « لوزير الإصلاح الزراعي
وإصلاح الأراضي أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسي المعادي المقررة
أو بمواقع الموارد أو اللازم لمشروع عام لمنفعة تلك المراسي أو الموارد أو هذا المشروع العام ،
بناءً على طلب الوزارة المختصة . وإذا أبطأ المرسى أو المورد أو المشروع العام ، جاز التصرف
في هذا الطرح طبقاً لأحكام هذا القانون » .

(٣) انظر في إجراءات إعطاء التعويض لأصحاب أكل النهر المواد ١٥ - ١٨ من قانون

وتختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل في المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله . وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأي طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، وتنفذ بالطريق الإداري (م ٢١ من قانون سنة ١٩٦٤) .

المبحث الثاني

الالتصاق الصناعي بالعقار (التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان)

٩٦ - مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها - نص قانونه :
تنص المادة ٩٢٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له . »

« ٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٧ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد : فيما عدا بعض فروق لفظية ، وفيما عدا أن المشروع التمهدي في الفقرة الثانية ورد فيه عبارة « على الأرض » بعد عبارة « كانت قائمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٤ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٩١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « على الأرض » الواردة في الفقرة الثانية « لأن المنشآت قد تكون على الأرض أو تحتها » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١١ - ص ٣١٣) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن جرت بعض الأحكام على هذا المبدأ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري	م ٨٨٦ (موافق) .
التقنين المدني الليبي	م ٩٢٦ (مطابق) .
التقنين المدني العراقي	م ١١١٧ (موافق) .
قانون الملكية العقارية اللبناني	م ١١٣ (موافق) .

ويتبين من النص المتقدم ، في فقرته الأولى ، أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ^(١) يعتبر من عمل صاحب الأرض ، وأنه هو الذى أنشأه على نفقته ، ومن ثم يكون مملوكا له . وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، وتقرره المادة ٢/٨٠٣ مدنى إذ تقول : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها ، علواً أو عمقا » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص الأخير : « ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علواً وما تحته عمقا إلى الحد الذى يصلح للاستعمال . . . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين . . . يقرر في الثانى أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » ^(٢) . وعلى ذلك إذا قامت منشآت فوق الأرض أو تحتها ، فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذى أقامها على نفقته ، ولا يجوز في خصومة بينه وبين شخص آخر يدعى ملكية هذه المنشآت أن يطالب باقامة الدليل على ذلك . كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيم فيها منشآت ، وقدم الدليل على ملكيته للأرض ، فهذا الدليل وحده يكفى لافتراض أنه يملك المنشآت أيضا دون أن يطالب باقامة دليل غير الدليل الذى قدمه على ملكيته للأرض .

(١) ومثل المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام في الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقارا بطبيعته ، ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها . وكالمنشآت التى تقام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها ، كالأنفاق والمواسير والبراديب وما إليها . ولا تدخل في المنشآت المحاصيل الزراعية الدورية ، لأن مصيرها للحصاد فلا تبقى في الأرض على سبيل الاستقرار والدوام . وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمنشآت هو البناء والغراس الحادث في الأرض على سبيل الدوام ، فلا تدخل المحاصيل الزراعية الدورية لما لها من نهاية معلومة (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٠ ص ٦٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ .

ويتبين كذلك من النص سالف الذكر ، في فقرته الثانية ، أن القرينة القانونية التي أقامتها الفقرة الأولى على النحو المتقدم قرينة قابلة لإثبات العكس. فيجوز للخصم الذي يدعى ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له ، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض^(١) . ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيا كانت قيمتها بجميع الطرق ويدخل فيها البيئة والقرائن ، إذا كانت الواقعة التي يدعيها سببا لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، كما إذا ادعى أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته . أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته للمنشآت هو تصرف قانوني ، كما إذا ادعى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله ملكية المنشآت أو ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانوني إلا وفقا للقواعد المقررة في إثبات التصرفات القانونية ، أي بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يتجاوز قيمته عشرة جنيهات .

ونرى من ذلك أن الدليل العكسي الذي يقدمه من يدعى ملكية المنشآت إما أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالف الذكر صراحة ، كمثل للتصرف القانوني ، أن يقيم أجنبي الدليل على أن صاحب الأرض قد خوله ملكية المنشآت . ويتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبي أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يملك الأجنبي الأبنية المقامة فوق سطح الأرض أو المشيدة تحت السطح ، بطريق الشراء أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية . كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فيكون هو لا صاحب الأرض الذي أقام المنشآت على نفقته وتملكها بموجب هذا الاتفاق . وتنص المادة ٨٠٣/٣ مدني تأكيدا لذلك : « ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا

(١) نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩ .

الصدد : « ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام ، وما . . حق الحكر وحق التعلل إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح » (١) . ويلاحظ أنه إذا تملك الأجنبي المنشآت القائمة في الأرض بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ، فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها كما يقول النص ، ولا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذي تم بينه وبين صاحب المنشآت . وأجازت النقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالفه الذكر صراحة أيضاً ، كمثل للواقعة المادية ، أن يقيم الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض . ولكن هنا يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية ، ومتى أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق (٢) في مقابل دفع تعويض للأجنبي .

٩٧ - صور تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق :

وإذا أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، أو أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت لأن الأجنبي هو الذي كان يملك المواد التي أقيمت المنشآت بها ، فلا يخلو ذلك من أن يكون في إحدى صور ثلاث :

الصورة الأولى : أن يكون صاحب الأرض هو الذي أقام المنشآت في أرضه بأدوات مملوكة للأجنبي ، فيكون صاحب الأرض هو الباني (٣) بأدوات غيره .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥) .

(٣) نقول « الباني » تعظيماً للغرض الراجح ، فقد تكون المنشآت غراساً أو شيئاً آخر غير البناء والغراس كما سبق القول ، ولكن الغالب أن تكون المنشآت بناء . والأحكام التي سنوردتها في شأن البناء تسري على الغراس والمنشآت الأخرى .

الصورة الثانية : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة له ، فيكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره .

الصورة الثالثة : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة لشخص ثالث ، فيكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بعد أن قررت المادة . . قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحته ، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت ، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره ، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره ، (١) . وفى هذه الصور الثلاث جميعا يملك صاحب الأرض المنشآت بالاتصاق ، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه ، أو كان البانى أجنبيا قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبي أو مملوكة لشخص ثالث . وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض ، فى مقابل تملكه للمنشآت ، أن يعرض صاحبها وفقا للأحكام التى سيأتى بيانها ، وهى أحكام تقوم فى أساسها على مبدأ الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٠ .

(٢) ويستوى فى كل ذلك أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً ، وقد ألتى الوقف على غير الخيرات بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولكن بقى الوقف على الخيرات . وقد قضت محكمة النقض بأن النزاع فيما زاده واضح الد فى الأرض الموقوفة من مثل بناء أو شجر هو نزاع فى أمر مدنى محض خاضع لأحكام القانون المدنى لا لأحكام الشريعة الإسلامية (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٥٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا بنى شخص فى أرض موقوفة وهو يعتقد أنها ملكه لأنها آلت إليه بطريق الشراء من تملكها كذلك بالشراء ، اعتبر بناؤه حاصلًا دون غش بالمعنى الوارد فى المادة ٦٥ مدنى (استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠٧ ص ٣٦٩ - وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٤ ص ٨٤) . وقضى بأن للواقف البانى فى ملك الوقف حق التصرف فى بنائه ، كما له حق القرار . ولا حق بلهة الوقف سواه

وقبل أن نعرض بالتفصيل لكل من الصور الثلاث التي قدمناها لكسب صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق ، نذكر أنه يجب لتحقيق الالتصاق سببا لكسب ملكية المنشآت أن تكون هذه المنشآت قد اندمجت في الأرض

= في خيار إبقاء المباني ودفع قيمتها مستحقة الملم أو مازاد من ثمن العقار الموقوف بسبب إنشائها ، أو في طلب إزالتها إذ هذا الحق يكون للوقف في بعض الصور في حالة ما إذا كان الباني غير الواقف (استئناف مصر ٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٥٣٦) . وإذا أقيمت المنشآت في أرض الوقف من ناظر الوقف أو من أحد المستحقين ، فانه يرجع في ذلك إلى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وإلى أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن الأمر يكون متعلقاً بنظام الوقف نفسه . وقد قضت محكمة النقض بأن بناء الناظرة من مالها الخاص في عين موقوفة هي المستحقة الوحيدة لها طول حياتها لا تحكمه قواعد القانون المدني ، بل إن قواعد الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في هذا الصدد (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٧) . فقيما يتعلق بناظر الوقف ، إذا احتاجت أعيان الوقف إلى العمارة - ويدخل في العمارة أن تبنى في الأرض بيوت لتستغل وتصبح في حكم الدور الموقوفة : محمد أحمد فرج السهوري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ ص ٩٢٤ - فان أحكام المادتين ٥٤ و ٥٥ من قانون الوقف هي التي تسرى . وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أن « يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥٪ من صافي ريع مباني الوقف يخصص لعمارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا باذن من المحكمة - أما الأراضي الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافي ريعها إلا ما يأمر القاضي باحتجازه ، للصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المباني والآلات اللازمة لإدارتها أو للصرف على عمارة المباني الموقوفة التي شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن . وللناظر ولكل مستحق ، إذا رأى أن المصلحة في إلغاء الأمر بالاحتجاز لوتعميله ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة لقرار ما ترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام ما لم يكن للواقف شرط يخالفه » . وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه « مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفقاتها على خمس فاضل غلة الوقف في سنة ، ولم يرخص المستحقون بتقديم العمارة على الصرف ، شرط الواقف تقديم العمارة أو لم بشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر ، بعد سماع أقوال المستحقين ، بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة أو احتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطي المبين في المادة السابقة كله أو بعضه . وتتبع هذه الأحكام في الصرف على إنشاء ما ينشئ ريع الوقف عملاً بشرط الواقف . ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ ، يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة ببقية بدون رجوع في غلته ، متى رأت المصلحة في ذلك » . أنظر في شرح هذه النصوص محمد أحمد فرج السهوري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ - فقرة ٧١٨ ص ٩٢٣ - ص ٩٣٦ - أما فيما يتعلق بعمارة المستحقين للوقف ، فلم يعد بعد إلغاء الوقف الأهل مستحق إلا الخيرات الموقوفة عليها .

اندماجاً تاماً وأصبحت بهذا الاندماج عقاراً بطبيعته . أما مجرد وضع منقول في أرض الغير دون أن يندمج في الأرض فيصبح عقاراً بطبيعته ، فلا يكتفى لأن يملك صاحب الأرض المنقول بالالتصاق . وحتى لو خصص صاحب الأرض المنقول لخدمة الأرض أو استغلالها ، فإن هذا لا يكتفى أيضاً لحمل المنقول عقاراً بالتخصص ، إذ يجب ليكون المنقول عقاراً بالتخصص أن يكون مالك الأرض هو مالك المنقول ، وهنا قد اختلف المالك . فيستطيع إذن صاحب المنقول أن يسترده من صاحب الأرض ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدعى ملكيته بطريق الالتصاق . وذلك ما لم يكن صاحب الأرض حسن النية في حيازته للمنقول ، فعندئذ يملك المنقول بالحيازة ، وعندئذ يجوز أن يكون المنقول عقاراً بالتخصص لاتحاد المالك . ولكن إذا كان صاحب الأرض قد تملك المنقول هنا ، فانما يملكه بالحيازة كما قدمنا لا بالالتصاق ، لأن المنقول لم يصبح عقاراً بطبيعته (١) .

ويجب أيضاً ، حتى يتحقق التملك بالالتصاق ، ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت . فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمني ، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق (٢) .

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - بودرى وشوفو فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريير وبولانجي فقرة ٢٩٦٣ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣ - مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - ويذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن المنشآت إذا اندمجت في الأرض فأصبحت عقاراً بطبيعته ، ولكن صاحب المنشآت هدمها قبل قيام النزاع بينه وبين صاحب الأرض ، فإن صاحب الأرض لا يملك المنشآت في هذه الحالة ، وليس له أن يطالب بقيمتها بحجة أنها هدمت وهي على ملكه بل يطالب بتعويض الضرر الذى أصاب الأرض من جراء هدم المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٣ - بودرى وشوفو فقرة ٣٦٠ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - وانظر أيضاً نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ١٢٠ - أنيكلويدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٦) . وهذا رأى محل للنظر ، فإن المنشآت متى اندمجت في الأرض وأصبحت عقاراً بطبيعته ، تملكها صاحب الأرض ، سواء كان ذلك بعد قيام النزاع أو قبل قيامه . فإذا هدمت ، فإنه يبدو أنها تهدم وهي على ملك صاحب الأرض . وله أن يطالب بقيمتها على أساس أنها هدمت وهي على ملكه ، وعليه أن يدفع التعويض المستحق لصاحب المنشآت طبقاً لقواعد الالتصاق (انظر مايل فقرة ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين المستأجر =

المطلب الاول

الصورة الأولى - صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره

٩٨ - نص قانونى : تنص المادة ٩٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت » .

« ٢ - فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض » (١) .

ويقابل هذا النص المادة ٦٤ من التقنين المدنى الوطنى السابق (٢) .

صريحاً فى أن اخراصة ملزمة بدفع جميع المصروفات التى صرفت فى الإنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بواسطة خير فى وقت إنشائها ، فانه يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا العقد دون نظر إلى ما زاد فى قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهتمات والأدوات وقت رفع الدعوى ، إذ العقد قانون المتعاقدين (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية (مستعجل) بأنه ليس فى المواد الخاصة بالالتصاق أحكام مطلقة بالنظام العام ، ففى وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية بشأن أحوال الالتصاق ، فإن أحكام العقد هى التى تكون مناط تحديد علاقة الطرفين أحدهما بالآخر (اسكندرية مستعجل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٦٢ ص ٧٧٣) . وانظراً استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٤ : إذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الأعمال بمههمات وأدوات كانت ملكاً لغيره ، وجب عليه دفع قيمة المههمات والأدوات المذكورة للمالكها ، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا فعل ذلك بطريقة الغش والتدليس . ولا يسوغ لمالك المههمات أن ينتزعها من محل وضعها .

(وأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكن التقنين المدنى الوطنى لا يميز بين ما إذا كانت المواد يمكن نزعها من الأرض أو كان لا يمكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ، ويصرح أن التعويض لا يكون واجباً إلا فى حالة الغش والتدليس) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١١٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (١) .

ويخلص من هذا النص أن صاحب الأرض إذا بنى بأدوات غيره يملك المنشآت التي بناها على التفصيل الذي سنذكره ، وعليه أن يعرض صاحب الأدوات عن ملكية الأدوات التي فقدها . على أنه يجب التمييز في ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية ، أو كان سيء النية ، ثم إن الذي يملكه صاحب الأرض بالالتصاق هي أدوات البناء ، أما غير أدوات البناء كتمثال يدبجه في البناء فإنه لا يملكه بالالتصاق . وتفصل الآن ما أحملناه .

٩٩ - صاحب الأرض حسن النية : إذا كان صاحب الأرض ، وهو يبنى بأدوات غيره ، حسن النية أي يعتقد أن هذه الأدوات هي ملك له ، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلاً بالحيازة . وعلى ذلك لا يكون في حاجة إلى أن يملكها بالالتصاق ، ويكون قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة له ، فتكون المنشآت ملكاً له ، وتسرى عليها أحكام الحيازة لا أحكام الالتصاق (٢) وقد يكون صاحب الأرض معتقداً أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية ، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح ، كما لو كان حائزاً للأدوات بسبب ظني لا وجود له ، أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة . فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا يملك صاحب الأرض الأدوات بالحيازة . ويكون في هذه الحالة قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة لغيره بالرغم من حسن نيته ، فإذا

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٨٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (موافق) .

(٢) بلا نيول كريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٥ ص ٢٦٤ - كولان وكايتان ودي لا مورانديير

١ فقرة ١١٤٣ - مازو فقرة ١٥٩٤ .

ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيازة بل بالالتصاق ، ويستوى في ذلك هو وصاحب الأرض سيء النية^(١) .

١٠٠ - صاحب الأرض سيء النية : أما إذا كان صاحب الأرض سيء النية بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، أو كان حسن النية ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح ليمتلك الأدوات بالحيازة على النحو الذي قدمناه ، فإنه يجب التمييز بين فرضين^(٢) .

(الفرض الأول) ألا يكون ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم^(٣) . كأن تكون هذه الأدوات طوباً أو جبلاً أو دهاناً أو نحو ذلك ، وهذا هو الفرض الغالب . وفي هذا الفرض يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته ، وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق . ومنى تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق على هذا النحو ، فإنه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب نقل الملكية . وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندمجت في الأرض ،

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) ولم يكن التقنين المدني الوطني السابق يميز بين هذين الفرضين ، بل كان صاحب الأرض يملك الأدوات فيها معاً في مقابل دفع القيمة والتعويض أما في التقنين المدني الجديد ، فنرى أن لصاحب الأدوات نزعها من الأرض في خلال سنة إذا كان نزع الأدوات لا يلحق ضرراً بصاحب الأرض ، وإلا فلا يجوز له نزعها ويكتفى بأخذ قيمتها مع التعويض إن كان له محل (انظر آنفاً ص ٢٦٧ هامش ٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وهذا الحكم (حكم التقنين المدني الجديد) يختلف عن حكم التقنين الحالي (السابق) في أن هذا التقنين لا يميز بين ما إذا كان نزع المواد يلحق ضرراً بالأرض أولاً يلحق ، في الحالتين يملك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها مع التعويض إن كان له محل ، ولا يجوز لصاحب المواد أن يطلب نزعها في أى حال . وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فيه أظهر (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٠) .

(٣) وكذلك إذا لم يكن ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق الأرض نفسها ضرر جسيم ، وإن كان الضرر الجسيم الذي يلحق الأرض غير وارد في النص . ويمكن تخريج ذلك على مبدأ التعسف في استعمال الحق ، فإن صاحب الأدوات يتعسف في استعمال حقه في المطالبة بنزع الأدوات إذا كان نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨ ص ٦٧) . بل أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لم تذكر إلا الضرر الجسيم الذي يلحق الأرض ، وكان الواجب أن تذكر أيضاً ، ومن باب أولى ، الضرر الجسيم الذي يلحق المنشآت (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٠) .

سواء كان ذلك بمحادث فجائي أو بفعل صاحب الأرض ، فإن صاحب الأدوات لا يستعيد ملكيتها ، سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذه بعد ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذه أو لم يعرض رده^(١) .

وما دام صاحب الأرض يملك الأدوات بالالتصاق على النحو الذي ذكرناه ، فإنه يكون ملتزماً بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات . فعليه أولاً أن يدفع له قيمتها ، ويبدو أن القيمة تقلد وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض ، أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته^(٢) . وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له ، كما لو كان فى حاجة إلى هذه الأدوات ونسبب عن تأخره فى استبدال غيرها بها ضرر له^(٣) . وليس من الضروري لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض ، بطريق الغش والتدليس ، كما كان التقنين المدنى الوطنى السابق يشترط ، ويكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس ، فإن المادة ٢/٩٢٣ مدنى تلزم صاحب الأرض بدفع التعويض « إن كان له وجه » . وغنى عن البيان أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سيء النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٦ - كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١١٤٣ - جرسران ١ فقرة ١٦٦١ - دى باج ٦ فقرة ٤٦ - مارق ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٥١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرح الصده فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤ - وقارن إذا كان الهدم قبل قيام انتزاع آنفاً ص ٢٦٦ حاشى ١ . كالا يجوز لصاحب الأرض أن يلزم صاحب المواد بعد نزعها بأخذها بدلاً من التعويض (شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٥١) .

(٢) دى باج ٦ فقرة ٦٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥٢ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٣٥٣ - كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١١٤٣ .

في صدد هذا التعويض : . . . ودفع (صاحب الأرض) تعويضا لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سيء النية ، (١) . وواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض لصاحب الأدوات من دفع قيمة الأدوات والتعويض ليس تطبيقا دقيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب ، فإن هذا المبدأ كان يقضى بأن يدفع صاحب الأرض أقل التيمتين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما انتقر به صاحب الأدوات . ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة الأدوات التزاما مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات (٢) . أما التزامه بدفع التعويض فمصدره العمل غير المشروع ، ويتقادم بثلاث سنوات وفقا للقواعد المقررة في تقادم الالتزامات التصهيرية .

(الفرض الثاني) أن يكون ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون الأدوات أبوابا وضعها صاحب الأرض في البناء أو أدوات صحية ألصقها به أو بلاطا ألصقه بأرضيته أو خشبا من « الباركيه » غطى به أرضية الغرف ، فإن هذه الأدوات وأمثاله يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا النزع ضرر جسيم . وفي هذا الفرض لا يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض ، بل تبقى على ملك صاحبها . ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها ، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه أنها اندمجت في المنشآت ، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق . فإذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في هذا الميعاد ، كان له أن يسترد الأدوات فقد بقيت على ملكه كما قدمنا . ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات ، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل (٤) ، ويستوى في كل ذلك أن يكون صاحب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ .

(٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٩ .

(٣) وكذلك دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم ، وقد سبق بيان ذلك (آنفاً ص ٢٦٩ د.ش ٢) .

(٤) حسن كيرة ص ٦٦ - وأساس التعويض خطأ في جانب صاحب الأرض ، فتكون مسؤولية هذا الأخير عن التعويض مسئولية تصهيرية . ويدخل في التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل إدماجها وقيمتها بعد نزعها ، فإن هذا الفرق تعويض عن ضرر أصاب صاحب الأدوات بسبب خطأ صاحب الأرض (قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

الأرض سىء النية أو حسن النية ولكنه لم يملك الأدوات بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح (١) .

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باسردادها، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك (٢)، ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق (٣). وتكون ملكية صاحب الأرض للأدوات بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف، هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة . وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد في خلال السنة . فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الالتصاق للأدوات منذ إدماجها في الأرض بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ إدماجها في الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . وإذا أصبحت ملكية صاحب الأرض للأدوات ملكية نافذة بآنة بتحقيق الشرط الواقف، وجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات لصاحبها وأن يدفع له تعويضا إن كان للتعويض محل، وذلك كله على التفصيل الذى سبق أن بسطناه في الفرض الأول . وغنى عن البيان أن صاحب الأدوات ليس في حاجة لأن ينتظر انقضاء السنة لتقاضى قيمة الأدوات والتعويض، فإن له أن يتزل قبل ذلك عن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق الأرض . . . ويكون النزاع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سىء النية أو حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٠) .

(٢) والسنة مدة سقوط *délai de déchéance* لا مدة تقادم، فلا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٤) .

(٣) ولا يجوز لصاحب الأرض في خلال السنة، حتى لو كان حسن النية، أن يتزع الأدوات ويجبر صاحبها على استردادها تقادياً من دفع قيمتها مع التعويض، إذا لم يرد صاحب الأدوات ذلك، فإن الخيار بين نزع الأدوات واستبقائها في الأرض هو لصاحب الأدوات لالصاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى محمد عل عروة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

دعواه في استرداد الأدوات ، فيستحق قيمتها والتعويض منذ نزوله عن دعواه .

١٠١ - وضع منقول في الأرض غير أدوات البناء : والمفروض في كل ما تقدم أن الذي أدجه صاحب الأرض في أرضه هو من أدوات البناء . أما إذا كان قد أدمج شيئاً غير أدوات البناء ، كأن أدمج تمثالاً أو أثراً ثميناً مملوكاً للغير ، فإنه لا يملكه بالالتصاق . ويبقى المنقول على ملكية صاحبه ، وله في أي وقت أن يسترده ولو بعد انقضاء السنة ، بل ولو أحدث نزعاً ضرراً جسيماً بالبناء أو بالأرض ، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقول بالحيازة أو بالتقادم الطويل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء . أما إذا كان قد أدخل في بنائه تمثالاً أو أثراً ثميناً أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء ، فلا يملكه بالالتصاق مطلقاً . بل يجب نزعاً في أي وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك ، ولو بعد السنة ، بل ولو أحدث الترع ضرراً جسيماً بالبناء » (١) .

المطلب الثانى

الصورة الثانية - صاحب الأدوات هو البانى في أرض غيره

١٠٢ - قروض مختلفة : نواجه في هذه الصورة الثانية وضعاً عكسياً للوضع السابق . ففي الوضع السابق واجهنا صاحب الأرض يبنى بأدوات غيره ، وفي هذا الوضع نواجه صاحب الأدوات يبنى في أرض غيره . والوضع في هذه الصورة الثانية هو الأكثر وقوعاً في العمل ، فقل أن نجد ما لكاً يبنى في أرضه بأدوات غيره ، ولكن كثيراً ما نجد أجنبياً يبنى بأدواته في أرض غيره .

وأول الفروض التي تقع لنا في هذه الصورة الثانية أن يكون للأرض حائز لا يملكها ، ويقوم فيها منشآت . ثم يرفع مالك الأرض دعوى استحقاق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ - وانظر أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ

Construction فقرة ٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٨ - عبد المنعم البراوى فقرة ٤٢ ص ٥١ -

عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٦ ص ٢٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٨٩ .

على الحائز ، فيسرد منه الأرض . وفيما يتعلق بالمنشآت التي أقامها الحائز ، يقضى القانون بأنها تكون ملكا لصاحب الأرض ، وقد تملكها بطريق الالتصاق ، وعليه أن يعرض صاحب المنشآت . ويختلف التعويض بحسب ما إذا كان الحائز سىء النية أو حسن النية ، فعندنا إذن فرضان : فرض ما إذا كان الباني سىء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ، وفرض ما إذا كان الباني حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والأحكام التي تنسرى على هذين الفرضين هي الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية .

وليس الأمر مقصورا على الحائز يبني في أرض غيره فترفع عليه دعوى الاستحقاق وتسرد منه الأرض والمنشآت (tiers évincé) ، بل إن النصوص عبارتها عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض مملوكة لغيره (١) . ويستوى في ذلك أن يكون الباني حائز الأرض بنية التملك أو يكون حائزا لها حيازة عرضية ، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والباني أو أن تكون هذه العلاقة غير موجودة . ومن ثم تنسرى أحكام الالتصاق في الفروض الآتية : (١) فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للباني في البناء . (٢) فرض ما إذا بنى المتفع في الأرض المتفع بها . (٣) فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . (٤) فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل . ففي هذه الفروض جميعا ، إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق ، وجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت . وقد جعل القانون ، من جهة ، ضمانا لصاحب

(١) وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن نص المادة ٥٥٥ منه قد ورد فيها عبارة tiers évincé . وقد حمل ذلك أكثر الفقهاء في فرنسا على قصر هذه المادة على الحائز الذي يبني في أرض غيره وترفع عليه دعوى الاستحقاق . ولكن القضاء الفرنسي نهج نهجا آخر ، وعمم النص حتى شمل كل شخص يبني في أرض غيره ، سواء كان حائزا بقصد التملك أو كانت حيازته عارضة . على أن الفقه الفرنسي ، إذا كان لا يطبق نفس المادة ٥٥٥ مدني فرنسي على الفروض التي يكون فيها الباني غير حائز للأرض بنية التملك ، فإنه يجري على هذه الفروض أحكام هذه المادة بطريق القياس .

المنشآت هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض ، ويسر ، من جهة أخرى ، على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز للقاضي أن يجعل الأداء على أقساط دورية .

على أن أحكام الالتصاق لا تسرى في الفروض التي وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لهذه الأحكام ، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق . ونذكر من هذه الفروض ثلاثة : (١) فرض ما إذا بنى المستأجر في العين المؤجرة . (٢) فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه . (٣) فرض ما إذا بنى المحتكر في الأرض المحكرة .

ويبقى بعد ذلك أن نستبعد فرضين لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق : (١) فرض ما إذا بنى المالك في الشيوع في الأرض الشائعة . (٢) فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل (١) .

واستثنى القانون أخيراً من أحكام الالتصاق فرضين : (١) فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة . (٢) فرض المنشآت الصغيرة المقامة في أرض الغير لا على سبيل الدوام .

فهذه جملة من المسائل قد تجمعت تحت الصورة الثانية التي نحن بصدددها ، والتي هي الصورة الأكثر وقوعاً في العمل كما قدمنا . فنبحث هذه المسائل على التعاقب تحت العناوين الآتية : (١) الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية . (٢) فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق في صورته الثانية . (٣) أداء التعويض لصاحب المنشآت . (٤) فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق . (٥) فروض تستبعد أصلاً من نطاق أحكام الالتصاق . (٦) فروض تستثنى من أحكام الالتصاق .

(١) أنظر المادة ٨٩٢ مدني سوري ، والمادة ١١٢٣ مدني عراقي ، والمادة ٢١٩

من قانون الملكية العقارية اللبناني .

§ ١ - الأوامر العامة في اللائحة في صورته الثانية:

١٠٣ - البائى سى «النية يعلم أنه الأرض مملوكة لغيره» - نص قانونى

تنص المادة ٩٢٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . »

« ٢ - ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة « (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٩ من المشرع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب هذه الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها وأن يطلب التعويض إذا كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت . »
« ٢ - وكذلك يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت فى مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . » ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على حكم الفقرة الأولى وقيل إنه إذا سكت صاحب الأرض ولم يطلب الإزالة فى ميعاد سنة سقط حقه فى طلبها ، وفى هذا تحمين لمركز البائى سى . نية . كذلك قيل إن مدة السنة قليلة ، لأنه قد يكون صاحب الأرض رقيق الحال بحيث لا يتمكن فيها من طلب الإزالة . فأجيب بأن مدة السنة تبدأ من وقت العلم ، وأنه إذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت يكون ذلك بمثابة اختبار ضمنى من صاحب الأرض لا استبقاء هذه المنشآت . واستقر رأى اللجنة ، رغبة فى إيضاح الحكم الوارد فى هذه المادة واستكمالها بما يبين حق صاحب الأرض فى طلب إزالة المنشآت أو رضائه ببقائها ، على تعديل الفقرة الأولى من المادة بإضافة العبارة الآتية إلى نهايتها : « وله أيضاً أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى -

والنص جاء في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له . ونقتصر

«ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت» . ورأت اللجنة كذلك تعديل الفقرة الثانية كالاتي : « ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستيق المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة » ، فأصبح النص تحت رقم ٩٢٤ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ومن هذا يتضح أنه إذا مرت سنة ولم يستعمل صاحب الأرض حق الاختيار ، فليس له إلا أن يستيق المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المبين بهذه المادة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٥ - ص ٣١٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ١٠٦/٢٥١ و ٣ : فإذا حصل الفراس أو البناء أو غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه في ملك غيره ، فالملك غير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بنزعها - في حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء ، تكون مصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها بدون إعطائه تعويضاً ما . ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على التفاعل المذكور بتعويض الحسارة التي تنشأ عن فعله لصاحب الأرض - وأما إذا اختار صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء ، فيكون غير آيين دفع قيمة الفراس أو البناء مستحق القلع وبين مبلغ ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث بها . التقنين المدني المختلط م ٩٠ : إذا لم يثبت حصول الإذن من المالك بدون شرط ولا قيد ، تعتبر الأرض عارية ، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وإزالة الفراس وبين إبقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العلة .

(والتقنين المدني الوطني السابق هو الذي يتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن التقنين الوطني السابق لم يضرب أجلاً (سنة) لصاحب الأرض في طلب الإزالة ، ولم يجعل لصاحب المنشآت الحق في طلب نزع المواد دون الإضرار بالأرض إذا لم يختار صاحب الأرض استبقاء المنشآت) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٨٨ (موافق) . م ٢/٨٩٠ : وإذا كان هذا الغير (سواء النية) قد بنى أو غرس ، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ، ما لم يفضل مالك الأرض إبقاها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والفراس ، بعد حسم المصاريف التي يتكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها .

م ٨٨٥ : ١ - يصبح مالك الأرض مالكا بطريق الالتصاق للبذار الذي بذره الغير في أرضه ، بشرط أن يدفع له قيمة البذار . غير أنه يحق له إذا شاء ترك المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجرة المثل عن سنة واحدة . ٢ - إذا لم يكن قد فات زمن البذار ، فيحق للمالك الأرض أن يعمل الغير الذي بذرها على نزع بذاره بدون تعويض عليه عن أعمال الحراثة والبذر . (ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٩ : إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى -

هنا على تطبيقه في أحد فروضه ، هو الفرض الذى يكون فيه البانى في أرض غيره حائزاً للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التى سنذكرها فيما بعد. وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى في أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له ، نوردها هنا ، على أن نطبقها بعد ذلك فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها .

ونفرض الآن أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد الأرض ، فعند ذلك تأتى مسألة المنشآت . ويفترض بادئ ذي بدء ، أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، فإذا ادعى مالك الأرض أنه سىء النية ، أى يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد أقام المنشآت دون رضا مالك الأرض . فعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات^(١) . وعلى ذلك يجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت ، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض ، أو أنه خازها فى مبدأ الأمر وهو

= بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها . فإذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فنه أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع .

م ١١٢٤ : فإذا بذر أجنبى فى أرض الغير بدون إذن ونبث البذر ، كان لمالك الأرض الخيار فى أن يتملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبى حتى الحصاد بأجر المثل .

(لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى) .

قانون الملكية المقاربية اتينانى م ٢١٥ (موافق) .

م ٢١٧ (موافق للمادة ٨٩٠/٣ سوري) .

م ٢١٢ (موافق للمادة ٨٨٥ سوري) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا بنى شخص على أرض مملوكة لغيره ، فالمكلف باثبات سوء نية البانى هو مالك العقار ، الذى ليس له أن يطلب إزالة البناء ما لم يثبت سوء نية البانى . ولا يعتبر البانى سىء النية لمجرد كونه وارثاً لمستأجر العقار (استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨١ ص ١٥٩) - وقارن استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ١٢٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٠٨ .

حسن النية بأن اعتقد أنه وارث لها أو أنها آلت إليه عن طريق الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصي ومع ذلك بقى حائزا للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له (١).

ففي هذا الفرض ، عند ما يسترد مالك الأرض أرضه وتأتى مسألة المنشآت التي أقامها الحائز ، يضع القانون في هذه المسألة قواعد مفصلة ، يستخلص منها أنه يجب تمييز بين عهدين :

(العهد الأول) السنة التي تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه مالك الأرض باقامة المنشآت ، وعبء إثبات العلم هنا يقع على صاحب المنشآت ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات لأن العلم واقعة مادية . ففي خلال هذه السنة يكون صاحب الأرض بالخيار بين أمرين : الأمر الأول أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها ، ويطلب منه فوق ذلك التعويض عما عسى أن تحدثه إزالة المنشآت من ضرر بالأرض ، وذلك جزاء سوء نية من أقام المنشآت فقد أقامها في الأرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له . وفي هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشآته ويأخذها أنقاضا بعد أن يدفع مصروفات الهدم ، ولا محل هنا لإعمال الالتصاق سببا لكسب الملكية فقد أزيلت المنشآت ولم يملكها صاحب الأرض (٢) . والأمر الثاني ، إذا لم يطلب صاحب

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يسوغ لمن شاد بناء على أرض غيره أن يدعى حسن النية فيما فعل توصلا إلى استبقاء البناء ، إذا كانت عقودها التي يدافع بها لا تعطيه هذا الحق وتنتى عنه حسن النية (استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٠٣) ، وذلك كأن يكون العقد الذي يتمسك به هو عقد إيجار لا يجعل له الحق في البناء (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢) . ويعتبر في حكم سوء النية المشتري من غير المالك إذا كان قد أغل مطالبة البائع بالسند الذي يثبت ملكية هذا الأخير (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠) ، أو أهمل فحص هذا السند (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٢) أنظر في انتقاد إعطاء الحق لمالك الأرض في طلب الإزالة ، إذ أن الإزالة هدم والهدم يتعارض مع روح المصير في التشجيع على البناء : كاربونيه ص ٢٤٠ .

الأرض لإزالة المنشآت ، فله أن يعلن في خلال السنة إرادته في استبقاء المنشآت في الأرض ، وعند ذلك يملكها بالالتصاق^(١) . وعليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت أقل القيمتين : (١) قيمتها مستحقة الإزالة ، فقد كان من حقه أن يطلب إزالتها فله أن يستبقها مستحقة الإزالة ، أى أنه يدفع قيمة الانتقاض منقوصا منها مصروفات الهدم . (٢) قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، وتقدر هذه القيمة بنحير عند الاقتضاء^(٢) ، وتمثل المقدار الذي اغتنى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت^(٣) . ويلاحظ ،

(١) ويعتبر مالك الأرض قد اختار ضمنا استبقاء المنشآت إذا هو باع الأرض بما عليها من هذه المنشآت (نقض فرنسي ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٣٨٤) .
(٢) والعبرة في تقدير هذه القيمة بوقت الاستحقاق (بودري وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٢ ص ٩٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ ص ٣٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٩ - استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٥) . ويتقدر النحير ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت ، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المنشآت . والفرق ما بين الثمنين هو ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت (أنظر بودري وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢) . هذا والتعويض الذي يدفعه صاحب الأرض لصاحب المنشآت على التفصيل الذي قدمناه يستحق في ذمة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض ، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المنشآت ، وهذا لا يحل بحق المالك الأخير في الرجوع على المالك الأول (بودري وشوفو فقرة ٣٦٩ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٦٣ - فقرة ٦٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٨) .

(٣) ويجب أن يخصم من قيمة التعويض الذي يستحقه الحائز سوية النية قيمة الثمار التي حصل عليها من المنشآت التي أقامها ، فإن هذه المنشآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها في الأرض ، والحائز يضع عليها وهو سوية النية فيكون مسئولاً عن الثمار ما حصل وما أهرل في تحصيله (م ٩٧٩ مدني) . أما الباني حسن النية ، فإنه يملك الثمار التي حصل عليها من المنشآت التي أقامها ، ولا يحاسب إلا على الثمار التي قبضها منذ تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٤٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٥ ص ٧٨) . ويرى بعض الفقهاء أنه في نظير رد الحائز سوية النية للثمار ، يتقاضى هذا الحائز الفوائد القانونية عن التعويض المستحق له في حدود ما زاد في ريع الأرض بسبب المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - وقارن بودري وشوفو فقرة ٣٦٣ ويفضل عدم رد الثمار بدلا من تقاضى الفوائد) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز لا يستحق فوائد من التعويض مادام حائزا للأرض والبناء (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٢) .

أولاً ، أننا قد انحرفنا عن قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد كانت هذه القواعد تقضى على صاحب الأرض بأن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت . وهو هنا يدفع أقل القيمتين : قيمة ما اغتنى به هو وقيمة الانقراض بعد هدم المنشآت . وهذه القيمة الأخيرة تكون عادة أقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، إذ أن هذه القيمة الأخيرة هي قيمة المواد وأجرة العمل . فيكون صاحب المنشآت قد عومل معاملة أسوأ مما تقضى به قواعد الإثراء بلا سبب ، وذلك كما قدمنا جزاء له على سوء نيته (١) . وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه ليس مصدره الإثراء بلا سبب ، بل مصدره هو القانون فهو الذى قضى بذلك ، وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون ، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب (٢) .

ويلاحظ ، ثانياً ، أن تخيير صاحب الأرض بين دفع قيمة الانقراض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت يستفاد منه أن قيمة ما زاد فى ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الانقراض ، فيختار

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد عومل البانى سىء النية ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى سىء النية فى التقنين المدنى المصرى ، إذ أجاز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، فإن استبقاها وجب عليه دفع تكاليف المنشآت (قيمة المواد وأجر العمل) . بل إن البانى سىء النية فى التقنين المدنى الفرنسى كان يعامل ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى حسن النية من وجه ، فإن صاحب الأرض كان يلتزم بأن يدفع البانى حسن النية أقل القيمتين : تكاليف البناء أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وهى تكون عادة أقل من تكاليف البناء . والسبب فى هذا الحكم الغريب يرجع إلى تاريخ صياغة المادة ٥٥٥ مدنى ، فقد كانت فى صياغتها الأولى تجعل الحكم واحداً بالنسبة إلى البانى سىء النية والبانى حسن النية ، ثم أضيفت إليها فقرة أخيرة خاصة بالبانى حسن النية أعطى بها لصاحب الأرض الخيار المتقدم ، دون أن يعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية . ولكن صدر أخيراً فى فرنسا قانون ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ يعالج هذا العيب ، ويعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية (مازو فقرة ١٥٩٨ ص ١٢٧١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

صاحب الأرض دفعها دون دفع قيمة الانقراض . ولا يتصور أن تكون قيمة الانقراض أكبر من قيمة زيادة ثمن الأرض إلا إذا افترضنا أن مواد البناء قد علا سعرها لظروف استثنائية ، فأصبح تزرع القديم منها كالأبواب والشبائيك والأدوات الصحية ونحوها يعود بقيمة أكبر من قيمة بقائها في الأرض وما ينتج عن ذلك من زيادة ثمن الأرض . وهذا الافتراض لا يتحقق ، كما قدمنا ، إلا في ظروف استثنائية محضة .

وفي خلال السنة أيضا ، وفي الوقت الذي يكون فيه لصاحب الأرض الخيار الذي قدمناه ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، كما قدمنا ، بأنه « يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ويخلص من ذلك أن صاحب المنشآت يستطيع ألا ينتظر سنة كاملة حتى يستعمل صاحب الأرض خياره ، إذ يستطيع هو منذ البداية دون أن ينتظر انقضاء السنة أن يبادر إلى طلب نزع المنشآت ، فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول نزع المنشآت أو على استعمال خياره في استبقائها بمع دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه . ولكن يشترط في ذلك أن يكون نزع المنشآت ليس من شأنه أن يلحق ضررا بالأرض ، وإلا حملنا هذا الضرر لصاحب الأرض دون مسوغ إذا هو اضطر أن يقبل نزع المنشآت دون أن يطلب استبقائها . وعلى هذا النحو يكون وضع الطرفين في خلال السنة على الوجه الآتي . لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء مع دفع أقل القيمتين ، وكذلك لصاحب المنشآت أن يطلب الإزالة إذا كانت لا تلحق بالأرض ضررا فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول الإزالة أو على استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين وذلك منذ البداية وقبل انقضاء السنة . (العهد الثاني) عند انقضاء السنة . فإذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو يعلن إرادته في الاستبقاء (١) ، ودون أن يطلب

(١) ولا يشترط دفع الدعوى بالإزالة كما اشترط دفع الدعوى الاسترداد في المادة ٩٢٣ مدني ، إذ لم يصرح في المادة ٩٢٤ مدني برفع الدعوى كما صرح في المادة ٩٢٣ مدني برفع دعوى الاسترداد . فيمكن إذن إبداء الرغبة ولو بكتاب مسجل ، بل ولو شفويا ، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم البهراوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ هامش ١) .

صاحب المنشآت نزعها إذا كان الترع لا يلحق بالأرض ضرراً ، فإن المنشآت تبقى في الأرض ، ويتملكها صاحب الأرض بالاتصاق . ويجبر صاحب الأرض على استبقائها لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد أن انقضت السنة (١) ، كما يجبر على دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه .

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعها إذا كان الترع لا يلحق بالأرض ضرراً ، لم تحدد ميعاداً لهذا الطلب ، كما حددت الفقرة الأولى من المادة نفسها ميعاد سنة لصاحب الأرض في طلب الإزالة . وعلى ذلك يبدو أنه يجوز لصاحب المنشآت ، حتى بعد انقضاء السنة ، طلب نزعها إذا كان الترع لا يلحق بالأرض ضرراً . وعند ذلك يكون صاحب الأرض مخيراً بين قبول الترع أو استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين . أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها بعد انقضاء السنة وطالب صاحب الأرض بدفع التعويض ، فإن هذا الأخير يكون مجبراً على دفع أقل القيمتين لصاحب المنشآت (٢) .

وتكون ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف ، هو ألا نترع المنشآت من الأرض ، لآبناء على طلب صاحب الأرض في خلال السنة وليس هذا شرطاً إرادياً محضاً لأن الأمر لا يتوقف على محض إرادة صاحب الأرض بل تختلط بإرادته ظروف تكيف من هذه الإرادة ، ولا بناء على طلب صاحب المنشآت في أي وقت واستجابة صاحب الأرض لهذا الطلب . فإذا لم نترع المنشآت من الأرض ، تحقق الشرط الواقف ، وأصبحت ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق

(١) قارن عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ هامش ١ .

(٢) ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « فإذا مضت السنة ، أو إذا لم يختر (صاحب الأرض) الإزالة ، تملك المنشآت بالاتصاق ، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء . فإذا لم يدفع أقل القيمتين ، كان للباقي أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) . وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ - إسماعيل غانم ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣ - حسن كبيرة ص ٦٩ - ص ٧٠ .

الاتصاق ملكية نافذة بآلة ، وكان لتحقيق الشرط أثر رجعي فتستند ملكية صاحب الأرض للمنشآت إلى وقت إدماجها في الأرض .

١٠٤ - البنية حسن النية يعترف أنه الحق في إقامة المنشآت - نص قانوني :
تنص المادة ٩٢٥ مدني على ما يأتي :

١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخبر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

٢ - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى في الفقرة الأولى وردت فيه عبارة « حسن النية » بدلا من عبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » ، وفي الفقرة الثانية وردت فيه عبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » بدلا من عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، ووردت فيه أيضاً عبارة « إذا سمحت الظروف » متخللة عبارة « كان له أن يطلب تملك الأرض » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٧ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « إذا سمحت الظروف » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أن تحل عبارة « يعلم أنها مملوكة له » محل عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى ، حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة وعبارة المادة السابقة . فأجيب بأنه لا يمكن النص على العلم أو عدمه في هذه المادة لأنه قد يكون الباني مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكا ولكنه يعتقد أن له الحق في البناء ، فلستأخذت اللجنة من عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى بعبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » لتعيين معنى حسن النية على وجه الدقة في تطبيق أحكام هذه الفقرة . واستبدلت في الفقرة الثانية بعبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة . وأصبح النص ، تحت رقم ٩٢٥ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢) .

وهنا أيضا جاء النص في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ٤/٦٥ : إنما إذا كان البناء أو الغرس حصل من شخص في أرض تحت يده على زعم أنها ملكه ، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه في وضع يده عليها ، فليس لملك الأرض أن يطلب إزالة شيء مما ذكر ، بل يكون مخيراً بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع مازاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث فيها . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المدني الجديد فيما يأتي : (١) يفترض نص التقنين السابق أن الباني قد حاز الأرض بنية تملكها ، أما التقنين الجديد فعبارة عامة تشمل كل شخص يبنى في ملك غيره ولو كانت حيازته عارضة . (٢) يحمل التقنين الجديد للباني حسن النية حق طلب نزع المنشآت ، أما التقنين السابق فلا يحمل له هذا الحق . (٣) يحمل التقنين الجديد لصاحب الأرض الحق في طلب تملك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل إذا بلغت المنشآت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، أما التقنين السابق فلا يحمل لصاحب الأرض هذا الحق) .

م ٩١ مختلط : إذا كان لدى من غرس أو بنى أسباب معقولة ليعتقد أنه مالك ، فلا يصير إزالة الغراس أو البناء ، بل للمالك أن يدفع مازاد على قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة . (ويختلف التقنين المختلط عن التقنين الوطني في أنه يلزم صاحب الأرض أن يدفع لصاحب المنشآت مازاد في قيمة الأرض ، ولا يخيره بين دفع هذه القيمة ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة - كما يفعل التقنين الوطني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية الثرية الأخرى : التقنين المدني السوري ٨٨٩ : ١ - إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذاتية حسنة ، فلا يكون مسئولاً تجاه مالك العقار عن الثمار التي استوفافها ، ولا تقع عليه إلتا بية التلف أو الضرر الذي حدث بسببه . ٢ - وإذا كان قد بنى أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها ، فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الأغراس التي غرسها ، ويدفع له تعويض عن التحسين الذي حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس . ٣ - وإذا كانت الأبنية والأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض ، فلصاحب الأغراس والأبنية الحق في أن يملك الأرض المبنى عليها أو المفروسة لقاء قيمة رقبته للمالك . (ويختلف التقنين السوري عن التقنين المصري في أنه يفترض أن الباني يحوز الأرض بنية تملكها ، وفي أنه لا يحمل لصاحب المنشآت إلا الحق في تقاضي قيمة مازاد في ثمن الأرض دون قيمة المواد وأجرة العمل ، وفي أنه يحمل لصاحب المنشآت الحق في تملك الأرض إذا زادت قيمة المنشآت على قيمة الأرض) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٠ : إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى

بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بشن مثلها . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة . (ويختلف التقنين

في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها :
ولكننا نقتصر ، كما اقتصرنا في المادة السابقة ، على تطبيق النص في أحد
فروضه ، هو الفرض الذي يكون فيه الباني في أرض غيره حائزاً للأرض
بنيّة تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد
هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التي سنذكرها فيما بعد . وهذه
القواعد هي الأحكام العامة في الالتصاق فيما يتعلق بالباني حسن النية ، وتكمل
الأحكام التي سبق أن أوردناها في خصوص الباني سيء النية . وسنطبق هذه
الأحكام جميعاً ، فيما يتعلق بالباني حسن النية كان أو سيئها ، في فروض
أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنيّة تملكها كما سبق القول (١) .

ونفرض هنا ، كما فرضنا فيما تقدم (٢) ، أن شخصاً وضع يده على
أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت في هذه الأرض
بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى استحقاق على
الحائز ، واسترد الأرض . والمفروض أن الحائز حسن النية وقت أن أقام
المنشآت ، إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سيء النية كما قدمنا (٣) .
ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس
معناه حتماً أنه يعتقد أنه يملك الأرض (٤) . فإذا أثبت صاحب الأرض أن

العراق عن التقنين المصري في أنه يوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت ، فإذا كانت
قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض كان لمن أقام المنشآت تملك الأرض بضمن مثلها ، وإن كانت
قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت كان لصاحب الأرض أن يملك المنشآت بقيمتها مستحقة
البقاء .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٦ (موافقة للمادة ٨٨٩ سوري) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) فيكون إذن حسن النية بهذا المعنى ، ولا يشترط السبب الصحيح كشرط مستقل .
فن وضع يده على أرض بمقد باطل كالمشترى للأرض الموقوفة (استئناف مصر ١٦ يونيو
سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٠٧ ص ٣٦٩) ، أو بسبب ظني كالباني في أرض بور يعتقد
أنه تملكها بالاستيلاء (استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٠) ، يكون
مع ذلك حسن النية (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٦ ص ٥٦ - ص ٥٧) .

الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض ، فان ذلك لا يكون قاطعاً في إثبات سوء نيته ^(١) ، إذ يبقى بعد ذلك أن يثبت الباني أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها ^(٢) . مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض في إقامة المنشآت ^(٣) ، أو أنه متفجع رخص له مالك الرقبة في البناء على الأرض المتفجع بها ^(٤) ، أو أنه مستأجر رخص له المؤجر في أن يقيم منشآت في الأرض المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير هذه المنشآت ^(٥) ، أو كان يعتقد أن له حق حكر يحوله البناء ^(٦) . فاذا كان الباني حائزاً للأرض بنية تملكها ، فان حسن نيته يتمثل عادة في اعتقاده أنه يملك الأرض ، كما لو وضع يده على أرض يعتقد أنه ملكها بالميراث أو بالوصية أو بعقد ، ولم يكن يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه في الحقيقة غير وارث أو أن الوصية قد رجع فيها الموصى أو أن العقد باطل .

ففي هذا الفرض لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، كما كان له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سيء النية على النحو الذي تقدمناه ^(٧) . ذلك بأننا أجزنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز ، أما هنا فالحائز حسن النية فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة . وللحائز أن يطلب استبقاء المنشآت في الأرض ، وفي هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالاتصاق . وعليه أن يعرض الحائز ،

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٥ .

(٢) ولا يغير من حسن نيته أن يعلم ، بعد إقامته للمنشآت ، أن ليس له حق في إقامتها .

(٣) انظر مايل فقرة ١٠٥ .

(٤) انظر مايل فقرة ١٠٥ فقرة ١٠٦ .

(٥) انظر مدار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ . وانظر فيما يتعلق بالمستأجر وفي أنه يخضع لأحكام وردت بها نصوص خاصة مايل فقرة ١١٠ . والتمثيل بالمستأجر هنا مقصور على استعراض حالة يكون فيها الباني عالماً بأنه لا يملك الأرض ولكنه يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس معناه أن أحكام الالتصاق تنطبق حتماً عليه دون أي تحوير فيها (قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٨ ص ٨٦ هامش ٢) .

(٦) استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥ .

(٧) انظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

وله في هذا التعويض الخيار في أن يدفع أقل القيمتين . فاما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هي القيمة التي افتقر بها الحائر ، أو أن يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هي القيمة التي اغتنى بها صاحب الأرض . فصاحب الأرض إذن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به وقيمة ما افتقر به الحائر . وهذا هو عين ما يدفعه طبقا للقواعد المقررة في الإثراء على حساب الغير . ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك في حالة الحائر سىء النية فيما قدمناه ، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، ولأن هذه القيمة (وهي قيمة أنقاص البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخريين اللتين يخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائر وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائر سىء النية . وإذا كان صاحب الأرض يخير ، في حالة الحائر حسن النية ، بين دفع قيمة ما اغتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائر (قيمة الأدوات وأجرة العمل) ، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير ، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك ، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد . ويحسن القول ، تنسيقا لأحكام الالتصاق في مجموعها ، إن التزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائر وتقدير هذا التعويض بقيمة معينة ، في جميع فروض الالتصاق - حتى في الفرض الذي نحن بصدده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذي تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير - هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير^(١) . ومن ثم يتقادم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات ، شأنه في ذلك شأن الالتزامات الأخرى التي ينشئها القانون في ضد التملك بالالتصاق^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣ - ويترتب على أن الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب أن في الإثراء بلا سبب لو نهدم البناء قبل المطالبة ، كان لصاحبه المطالبة بالرغم من تهديمه ، أما هنا فيبدو أن ليس لصاحب البناء إذا كان البناء قد تهدم قبل المطالبة أن يطالب بشئ . (انظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠) .

ولما كان الباني في أرض غيره في الفرض الذي نحن بصددده حسن النية ، فقد أولاه القانون رعاية خاصة في أمرين : (الأمر الأول) أنه أجاز له ، بدلا من تقاضي أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه ، أن يطلب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة في ذلك . وقد تتحقق هذه المصلحة فيما إذا كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها ، وكانت قيمتها بعد التزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض على الوجه السابق بيانه . ولكنه يلتزم في هذه الحالة بإعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها ، أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر بسبب نزع المنشآت (١) . وإذا كان الباني حسن النية طالب نزع المنشآت على الوجه المتقدم ، فإن هذا حق له لا واجب عليه ٢ . فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك . وقد قدمنا أنه ليس لصاحب الأرض طلب الإزالة . (الأمر الثاني) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني فيما رأيناه من أنه « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها . كان له أن يطلب تملك الأرض من أقام المنشآت نظير تعويض عادل » . وبلاحظ أننا لم نقف هنا عند معيار موضوعي كما وقف التقنين السوري والتقنين العراقي والقانون اللبناني ٣ . فلم نوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت . ولم نجعل لصاحب المنشآت أن يملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض . بل أخذنا بمعيار ذاتي . فجعلنا العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصا . فإن كان يرهقه أن يؤدي لصاحب

(١) ويمكن القول مع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إنه إذا كان نزع المنشآت يحدث للأرض ضرراً جسيماً ، لم يجوز لصاحب المنشآت طلب نزعها ، وإلا كان في هذا تعسف و استئصال حقه (انظر المذكرة الإيضاحية إذ تقول : « هذا كله إلا إذا طلب الباني نزع الأدوات ولم يكن نزعها يباحق بالأرض ضرراً جسيماً » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١) . انظر و هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٢٢ ص ٢٤٤ - محمد علي عركة ٢ فقرة ٤٢ ص ٧٥ - إسماعيل غانم ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٣ هامش ١ .

(٢) إذا تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدني ، كما رأينا ، « هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها » .

(٣) انظر آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ .

المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التي أقيمت ، كان له ، بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق ، أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت ، على أن يدفع هذا له تعويضا عادلا عن الأرض يقدره الحبير عند الاقتضاء^(١). ويجوز للقاضي أن يجعل أداء هذا التعويض على أقساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت ، أسوة بسائر أنواع التعويض التي تستحق بسبب الالتصاق^(٢). وقد كان نص المشروع التمهيدى في هذا الصدد يقضى : كشرط لتملك الأرض لصاحب المنشآت . عدم استطاعة صاحب الأرض دفع المستحق عليه إذا هو تملك المنشآت . فعدل النص في لجنة مجلس الشيوخ واكتفى بأن يكون الدفع موهقا لصاحب الأرض . « لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة »^(٣) . وملك صاحب المنشآت الأرض ،

(١) وقد كان اقتضاء المختلط يجري في بعض أحكامه على هذا المبدأ دون نص ، بانتطيق لقواعد العدالة (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٤ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض العادل يمكن أن يكون أقل من قيمة الأرض الحقيقية ، نظراً لأن الأرض تملك لصاحب المنشآت وهو حسن نية جبراً عليه (عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١) . ويمكن القول بأنه إذا ثبت خطأ في جانب صاحب الأرض بأن تركها مثلاً تتنقل من يد إلى يد دون تحوط منه إلى أن استقرت في يد حائز حسن النية ، أمكن أن يكون صاحب الأرض مسئولاً عن هذا الخطأ ، وقد يستزل جزء من قيمة الأرض كتعويض مستحق في ذمة صاحب الأرض لصاحب المنشآت . انظر أيضاً في هذه المسألة منصور منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ .

(٢) انظر المادة ٩٢٧ مدق فيما يتعلق بفقرة ١١١ .

(٣) انظر مآذير في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ - وقد جرت في لجنة مجلس الشيوخ أيضاً موازنة بين الحكم الوارد في المادة ٢/٩٢٥ مدق وحكم الفقه الإسلامى الذى يقضى بأنه إذا اتضح أن قيمة البناء تزيد على قيمة الأرض كان صاحب الأرض بالخيار بين تملك الأرض لصاحب المنشآت أو استبقاء هذه المنشآت . ووضح أن معيار الفقه الإسلامى ، وهو زيادة قيمة المنشآت على قيمة الأرض ، هو معيار موضوعى أو مادى . ووضح أيضاً أن المعيار الذى أخذت به المادة ٢/٩٢٥ مدق وهو أن يرهق التعويض صاحب الأرض شخصياً ، هو معيار شخصى أو ذاتى . وفي ضوء ما هو واضح في شأن كل من المعيارين يجب فهم العبارة التى وردت في محضر لجنة مجلس الشيوخ على لسان رئيس اللجنة من « أن المعيار الوارد في المادة معيار شخصى وأن المعيار الوارد في الفقه الإسلامى =

إذا توافر شرط الإرهاق ، لا يحكم الالتصاق ، فان الالتصاق إنما يكون سبباً لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتملك صاحب المنشآت للأرض . وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون ، بناء على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض . وقد قصر حق تملك الأرض لصاحب المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية ، لأنه في حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الإرهاق بأن يطلب الإزالة ، في حين أنه في حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضاً عنه حق تملك الأرض لصاحب المنشآت تفادياً للإرهاق (١) .

وإذا ملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق على النحو الذي قدمناه ، فان ملكيته هذه تكون معلقة على شرط واقف ، هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزاعها أو يطلب هو تملك الأرض لصاحب المنشآت . فاذا تحقق الشرط الواقف ، ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على ملك صاحبها ، فان صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق كما قدمنا ، ويكون لتحقيق الشرط أثر رجعي ، فيستند إلى الوقت الذي أدمجت فيه المنشآت في الأرض ، وقد سبق تقرير ذلك في مواضع مختلفة (٢) .

§ - ٢ فروض أخرى تسمى لمبدأ العام: الالتصاق في ضرورة الثانية

١٠٥ - فرض ما إذا رفض صاحب الأرض للبناء - نهى

فانوني : تنص المادة ٩٢٦ ملقى على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت

= معيار مادي ، وأنه يفضل المعيار الشخصي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٢) .
فمن الشطر الأخير من العبارة ، كما هو ظاهر من استبقاء المعيار الشخصي دون المعيار الموضوعي ، أن رئيس اللجنة يفضل (يوثر) المعيار الشخصي ، لا أن المعيار الموضوعي يفضل (أفضل من) المعيار الشخصي . فاردن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١ : وهو يأخذ بالمعيار الموضوعي ويشترط زيادة قيمة البناء على قيمة الأرض .

(١) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥٩ - عبد المنعم فرج انصدة فقرة ٢٦٢

ص ٢٨١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ و فقرة ١٠٣ .

أن يطلب إزالتها . ويجب عليه ، إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .
أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة
السابقة ، (١)

ويخلص من هذا النص أننا نواجه هنا فرضاً يكون فيه الباقي غير حائز
للأرض بنية تملكها ، إذ هو قد حصل على ترخيص من صاحب الأرض
في إقامة البناء . وهذا إقرار منه بأن الأرض ليست ملكه ، ولا يضع يده
عليها بنية تملكها . ولكنه بالترخيص الذي حصل عليه من صاحب الأرض
يكون له الحق في إقامة البناء ، ومن ثم يكون في وضع الحائز حسن النية
الذي يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والمفروض أن الترخيص قد سكنت
عن مصير المنشآت ، فليس هناك اتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام
المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يملك هذه المنشآت . وفي نظير

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦١ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٨ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٩٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٢٢٣ - ص ٢٢٤) .
ويقابل النص في التقنين المدنى المختلط م ٨٩ : من بنى أو غرس في أرض بإذن صريح
من مالكيها ، بدون شرط ولا قيد ، يكون مالكا لتلك الأرض . (وهذا الحكم قريب يخرج على
القواعد المألوفة . إذ يملك الأرض لصاحب المنشآت بمجرد ترخيص صاحب الأرض في إقامة
المنشآت دون شرط ولا قيد . ويعتبر أن هذا الترخيص بمثابة تملك ضمنى للأرض . والصحيح
هو ما ورد في المادة ٩٧٠ من التقنين المدنى الجديد ، إذ الحقول أن كل ما يترتب على ترخيص
صاحب الأرض في إقامة منشآت في أرضه أن يعتبر صاحب المنشآت حسن النية يعتقد أن له
الحق في إقامة المنشآت عند إنشائها) .

ويقبل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل

التقنين المدنى الليبى ٩٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢١ : إذا أحدث شخص منشآت من عده وعلى أرض غيره
بإذن ، فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب فلع
المحدثات . ويجب عليه . إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها . أن يؤدي إليه قيمتها قائمة .
(والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى . فيما عدا أن التقنين العراقى لا يجعل الخيار
لصاحب الأرض في تعويض صاحب المنشآت بأعطائه أقل القيمتين ، بل يلزمه بأن يؤدي
قيمة المنشآت قائمة . كما هو شأن أى حائز حسن النية في هذا التقنين : م ١١٢٠ مدنى عراقى) .
قانون الملكية العقارية البناى لا مقابل .

أية قيمة يكون هذا التملك . أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق في طلب إزالتها . وكان المثل الظاهر لهذا الوضع هو المستأجر . يرخص له المؤجر في البناء في العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت (١) ، لو لا أن القانون أورد نصوصا خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة في الالتصاق على ما سيجيء (٢) ، ويمكن افتراض أن الباني قد بنى في أرض ترتب له عليها حق انتفاع ، وقد بنى بترخيص من مالك الرقبة دون أن يتضمن هذا الترخيص اتفاقا على مصير البناء . فهنا يكون المتفع قد بنى في الأرض المتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض (٣) .

وفي هذا الفرض لا شك في وجوب اعتبار الباني حسن النية . فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض ، إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض في البناء . فله إذن الحق في إقامته . وعلى هذا يكون في وضع مماثل تماما لوضع الحائز الذي يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة البناء ، وهو الوضع المنصوص عليه في المادة ٩٢٥ مدني فيما قدمناه .

وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة ٩٢٥ مدني في هذا الفرض . وقد طبقت المادة ٩٢٦ مدني سالفة الذكر فعلا هذه الأحكام . فهي تقضي بأن مالك الأرض لا يجوز له ، بعد أن رخص في إقامة البناء ، أن يطلب إزالته . فيبقى البناء إذن في الأرض ، ويملكه صاحب الأرض بالالتصاق ، ويدفع تعويضا للباني أقل القيمتين . قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء وقيمة المواد مع أجر العمل . ويجوز للباني ، لالصاحب الأرض ، أن يطلب نزع البناء من الأرض . على أن يعيد الأرض إلى أصلها أو يعرض صاحبها عن الضرر الذي عسى أن يصيبها من جراء نزع البناء . ويشترط في ذلك ألا يكون نزع البناء من شأنه أن يضر بالأرض ضررا جسيما . وإلا كان الباني متعسفا في استعمال حقه في طلب نزع البناء .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١ .

(٢) أنظر مايل فقرة ١١٢ .

(٣) أنظر في حالة بناء المتفع في الأرض المتفع بها دون الحصول على ترخيص من مالك

الرقبة ، وفي اعتباره بانياً في أرض غيره . وهو سوء النية مايل فقرة ١٠٦ .

ونرى من ذلك أننا طبقنا في هذا الفرض : بموجب المادة ٩٢٦ مدنى
سابقة الذكر . نفس الأحكام الواردة في المادة ٩٢٥ مدنى . وهى الأحكام
العامة في الالتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية . ولا شك في حسن نية
البانى في فرضنا هذا . ومن ثم تسرى الأحكام العامة في الالتصاق بصريح
نص المادة ٩٢٦ مدنى كما نرى . وتسرى بما أوردناه من تفصيلات فيما
أسلفناه (١) .

غير أن هناك حكماً خاصاً نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى :
يحمز لصاحب الأرض أن يملك الأرض للبانى حسن النية في نظير
تعويض عادل : إذا كان البناء قد بلغ حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض
أن يؤدي ما هو مستحق عنها (٢) . ولما كان هذا الحكم هو حكم استثنائى
محض . فلا يصح إجراؤه إلا بنص خاص . ولم تشمل المادة ٩٢٦ مدنى على
هذا النص كما اشتملت عليه المادة ٩٢٥ مدنى فيما رأينا . ومن ثم يبدو أنه
لا يجوز تطبيقه في الفرض الذى نحن بصدده . ولا يستطيع صاحب الأرض :
إذا لم يختر البانى نزع البناء . إلا أن يتملك البناء بأدنى النيمتين بطريق الالتصاق .
ولا يجوز له أن يملك الأرض للبانى ولو كان التعويض الواجب عليه دفعه
مرهقاً له (٣) .

١٠٦ - فرضه ما إذا بنى المتفع في الأرض المتفع بها : وإذا بنى

المتفع في الأرض المتفع بها . وجب التمييز بين أمرين :
(الأمر الأول) أن يكون المتفع قد حصل على ترخيص من مالك

(١) انظر آتفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) ويمكن تعليل عدم الأخذ بجواز تملك الأرض لصاحب المنشآت في هذا الفرض ،
بأنه ما دام صاحب الأرض قد رخص لصاحب المنشآت في إقامتها ، فلا يحق له أن يتسلط
بأن التعويض مرهق له بعد أن صدر منه ترخيص في إقامة المنشآت . أما إذا كان البانى لم يحصل
على ترخيص من صاحب الأرض في إقامة البناء : فهما كانت نيته حسة فإن التعويض يجوز أن
يرهق صاحب الأرض وهو لم يصدر منه ترخيص في البناء ، فأجيز له تفادياً من هذا الإرهاق
أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت .

الرقبة في البناء^(١) . وهنا يعتبر بانبا حسن النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني . فيتملك صاحب الرقبة البناء بالالتصاق . وعليه أن يدفع للمتفع أدنى القيمتين . قيمة المواد وأجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . وللمتفع . إذا اختار ذلك . أن يطلب نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها . ولكن ليس لصاحب الرقبة أن يطلب إزالة البناء^(٢) .

(والأمر الثاني) أن يكون المتفع قد بنى في الأرض المتفع بها دون الحصول على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . وهنا يعتبر بانبا سيء النية . وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدني . فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء . وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق على أن يدفع للمتفع أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء^(٣) . وقد اعتبرنا المتفع الذي لم يحصل على ترخيص في البناء سيء النية . لأنه لا يستطيع أن يتمسك بأن له حقاً كمتفع في البناء على الأرض المتفع بها إذا لم يكن قد حصل على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . فان المادة ٩٨٨ مدني توجب على المتفع « أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها » . ويترتب على ذلك أنه ليس من حقه أن يغير حالة الأرض المتفع بها بإقامة بناء عليها ، وإذا هو فعل فإنه يكون قد بنى وهو سيء النية فتسرى عليه أحكام الباني سيء النية^(٤) .

(١) وكان المشروع التمهيدي للتعدين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ليس للمتفع أن يحدث أي بناء أو غراس بغير رضا المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » . وقد حذف هذا النص في نسخة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦ في الهامش) ، فلم يبق إلا تطبيق المبدأ العامة (أنظر مايلي فقرة ٥٤٣) .

(٢) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك ماقدمناه آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢ ص ٦٦ - وقد نص قانون الملكية العقارية الباني صراحة على أن المتفع إذا بنى أو غرس في الأرض المتفع بها تسرى عليه أحكام الباني أو الفارس في أرض غيره وهو سيء النية ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من هذا القانون على ما يأتي : « وعند انقضاء أجل الانتفاع ، تطبق هذه الأحكام (أحكام الباني أو الفارس وهو سيء النية) على المتفع الذي يكون قد شيد أبنية أو غرس أغراساً في الأرض » .

وهذه المسألة محل خلاف شديد في القانون الفرنسي . فالقضاء الفرنسي يذهب إلى أن المتفع إذا بنى في الأرض المتفع بها دون ترخيص من مالك الرقبة . وجب عليه أن يترك البناء للمالك الرقبة دون أن يتقاضى منه أى تعويض . شأن البناء في ذلك شأن التحسينات التى يجريها المتفع في العين المتفع بها فلا يتقاضى عنها تعويضا . أما الفقه الفرنسي فتقسم . فمن الفقهاء من يساير القضاء الفرنسي فيما ذهب إليه (١) . ومنهم من يخالفه ويعامل المتفع معاملة الباني سوء النية (٢) . أما في القانون المصرى فلا محل لهذا الخلاف ، إذ لا يتضمن التقنين المدنى المصرى . كما تضمن التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٩٩) ، نصا يحرم المتفع من الرجوع بالتحسينات التى أجراها في العين المتفع بها على مالك الرقبة . وهو النص الذى قاس عليه القضاء الفرنسى حرمان المتفع من الرجوع بأى تعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من منشآت في العين المتفع بها . فالمتفع إذن ، في القانون المصرى ، له الحق في الرجوع بالتعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من بناء . ولكنه يعتبر بانيا سوء النية ما دام لم يحصل على ترخيص في البناء من مالك الرقبة كما سبق القول (٣) .

١٠٧ - فرضه ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت : وهنا أيضا لا نواجه حائرا للأرض بنية تملكها . بل نواجه مالكا للأرض وقد بنى فيها وهو لا يزال مالكا ، ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . فتسرى عليه الأحكام العامة للاتصاق سريانها على الحائز للأرض بنية تملكها .

ونستعرض بادية ذى بدء فرضا يكون فيه الباني واضعا يده على الأرض بموجب عقد باطل . فهنا يكون الباني غير مالك للأرض أصلا ، ويكون بانيا في أرض غيره بنية سيئة أو بنية حسنة بحسب الأحوال . فان كان يعلم

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٧٢ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٠ هامش ٢٣ وقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ - بلانبول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ - كولان وكاييتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٤٩ - وقرب مازو فقرة ١٦٠٢ .

(٣) أنظر عكس ذلك وأن المتفع يعتبر بانيا حسن النية حتى لو لم يحصل على ترخيص في البناء : محمد على مرقه ٢ فقرة ٥٠ .

أن عقده باطل وأنه لا يملك الأرض بهذا العقد ، فهو بان سوء النية ، ويكون لمالك الأرض حق الإزالة أو حق استبقاء البناء وتملكه بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة زيادة الأرض ، وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٤ مدني على التفصيل الذي قدمناه^(١) . وإن كان لا يعلم ببطان عقده ويعتقد وقت أن بني أنه مالك للأرض وأن له حق البناء فيها . كان بانبا حسن النية ، ولا يكون لمالك الأرض حق الإزالة بل يملك البناء بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة زيادة الأرض . ولكن يكون للبان حق نزع البناء إذا شاء ، ويكون لمالك الأرض تملكها للبان . وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٥ مدني على التفصيل الذي قدمناه^(٢) .

وقد يكون الباني مالكا للأرض بعقد قابل للإبطال ، وبني قبل إبطال العقد . فإذا أبطل العقد كان إبطاله بأثر رجعي ، وتبين أن الباني قد بني في أرض لا يملكها . فإن كان يعلم بعيوب عقده وأنه قابل للإبطال ، كان بانبا سوء النية . وتسري عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني . أما إذا كان لا يعلم بعيوب العقد ويعتقد أنه يملك الأرض وأن له الحق في إقامة البناء ، فإنه يكون بانبا حسن النية . وتسري عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدني .

وقد يكون الباني مالكا للأرض . وقد بني عليها وهو لا يزال مالكا . ثم فسخت ملكيته . مثل ذلك مشتر للأرض لم يدفع الثمن ، أو راس عليه مزاد الأرض وتخلف عن دفع باقي الثمن . فالأول يفسخ عقده بأثر رجعي ، والثاني يعاد البيع على مسئوليته ويفسخ رسم المزاد عليه بأثر رجعي كذلك . وهذا وذاك يعتبران أنهما لم يملكا الأرض أصلا وأنهما وقت أن بنيا فيها لم يكن لهما الحق في إقامة البناء . ولما كان سبب الفسخ راجعا إلى خطأهما إذ تخلفا عن دفع الثمن . فإن كلا منهما يعتبر بانبا في أرض غيره وهو سوء النية . فتسري عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني^(٣) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ - الوسيط ١ فقرة ٤٧٨ -

محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١٩ - محمد علي عريفة ٢ فقرة ٥١ ص ٩٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٧ - أحمد نجيب افلاط وحامد زكي في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

وقد يكون الباقي مشتريا للأرض تحت شرط فاسخ ، أو راس عليه مزاد الأرض وقررت عليه الزيادة بال عشر ، فتحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي أو رسا المزاد على شخص غير من رسا عليه المزاد الأول . فيعتبر المشتري تحت شرط فاسخ إذا تحقق الشرط بغير خطئه ، وكذلك الراسي عليه المزاد الأول ، كل منهما قد بنى في أرض غيره وهو حسن النية ، فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدني . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشتري ، فانه يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سيء النية ، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني (١) .

١٠٨ - فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل العقد

البيع أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل : إذا باع شخص لشخص آخر أرضا ، فقبل تسجيل عقد البيع يبقى البائع مالكا للأرض ، ويكون المشتري غير مالك لها .

فإذا بنى البائع في الأرض قبل التسجيل ، ثم سجل عقد البيع فانتقلت الملكية إلى المشتري ، فهل يعتبر البائع بانيا في أرض غيره وتجري عليه أحكام الالتصاق ؟ لا يمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشتري ، فتنقل الملكية بالتسجيل إلى المشتري - بالنسبة إلى البائع وحده - من وقت انعقاد البيع لا من وقت التسجيل . فيتبين أن البائع قد بنى في الأرض وهي في ملك المشتري ، فيكون بانيا في أرض الغير وهو سيء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني ، ويكون للمشتري الحق في طلب

(١) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢ ص ٦٥ - وهذا ما جرى عليه القضاء في فرنسا . فهو يطبق أحكام الالتصاق (م ٥٥٥ مدني فرنسي) على المالك تحت شرط فاسخ الذي يبنى قبل تحقق الشرط ، ويعتبره في الأصل حسن النية ، إلا إذا كان تحقق الشرط قد وقع بخطئه ، أو كان قد بنى بعد أن رفعت عليه دعوى الفسخ (نقض فرنسي ٣٠ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ٦٥ - ١٤ أبريل سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ - ١ - ٤٤١ - ٨ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٨ - بيزانسون ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٢١١ - يواتيه ١٥ فبراير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٥٥) . وانظر في هذه المسألة في الفقه الفرنسي أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠ ص ٣٦٧ هامش ١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٧١ - مازو فقرة ١٦٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ construction فقرة ٧٣ - فقرة ٧٦ .

إزالة البناء أو استبقائه في مقابل دفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء مستحق الهدم أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء .

أخذ القضاء بهذه الحلول ، ولكنه لم يؤسسها على فكرة الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فعنده أن التسجيل ليس له هذا الأثر الرجعي . بل اعتبر البائع وهو يبنى في الأرض التي باعها قبل التسجيل يبنى في أرض يملكها ، ولكنه لما كان ملتزماً بموجب عقد البيع أن يسلم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع (م ٤٣١ مدني) ، فانه يبنائه في الأرض يكون قد أخل بهذا الالتزام . وقد كان مقتضى ذلك أن يجبر البائع على إزالة البناء ، ويكون هذا تعويضاً عينياً عن الإخلال بالتزامه . ولكن القضاء شبه البائع وهو يبنى في الأرض قبل التسجيل بالباني في أرض غيره وهو سىء النية ، فأجرى عليه أحكام الالتصاق الواردة في المادة ٩٢٤ مدني عن طريق القياس ، وأجاز للمشتري إذا طلب البائع إزالة البناء أن يستبقيه في مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (١) .

(١) وقالت محكمة استئناف مصر في أسباب حكمها في هذا المني : « إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم ، فيعتبر كأنه أقامه في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باق الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التمهيد بالبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانوني من وقت التمهيد . ومن حيث إنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التمهيد عن كل ما يزيد أو ينقص في المبيع ، وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التمهيد المذكور . ومن حيث إن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدني ، وعلى المشتري الذي يقبل البيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التي رسها القانون فيما يخص بالغراس أو البناء في أرض الغير » (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ الهامة ١٣ رقم ٢٨ ص ٩٦) .

وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار بحاله التي هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينا المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) .

وفي رأينا أن هذا القضاء محل للنظر ، وقد قررنا عند الكلام في البيع أننا نذهب إلى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين البائع والمشتري (١) . فلو أخذنا بهذا الرأي لظهر في وضوح أن البائع ، وقد بنى في الأرض المبيعة قبل التسجيل ثم سجل العقد ، إنما يبنى في أرض لا يملكها إذ هي مملوكة للمشتري بعد أن سجل عقد البيع ، ويملكها منذ انعقاد البيع لا من وقت التسجيل وذلك بالنسبة إلى البائع وحده . فتستقيم الحلول التي أخذ بها القضاء ، ولا نحتاج إلى القول بأن البائع ، وقد بنى في أرض يملكها ما دام البيع لم يسجل وقت إقامة البناء ، يعتبر كالباني في ملك غيره ، فتثبت له الملكية من جهة ونفياً عنه من جهة أخرى . وقد قلنا في هذا الصدد : عند ما واجهنا هذه المسألة عند الكلام في عقد البيع : « ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي (فيما بين المتعاقدين) هنا أفضل - من ناحية الصناعة القانونية - من إنكار هذا الأثر . فإننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالألا يحدث تغييراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكنه ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في ألا يبنى في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانيا بسوء نية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم » (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ - وقد قيل « إن البائع إذا أصر على نزع البناء وأخذه أنقاضاً يكون متعسفاً في استعمال حقه ، إذ أن نزع البناء ليس في مصلحته مادام المشتري يمرض عليه تعويضاً لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم » (حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١) . والذي يمكن استخلاصه من تطبيق قواعد البيع في الفرض الذي نحن بصدده هو أن البائع قد أدخل بالتزامه من تسليم الأرض المبيعة

وإذا فرضنا ، على عكس الفرض الذى قدمناه ، أن المشتري هو الذى بنى فى الأرض قبل تسجيل عقد البيع ، ثم سجل العقد ، فالقول بالآثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين لا تصبح له أهمية فى هذه الحالة . ذلك أنه لو قيل بالآثر الرجعى . لتبين أن المشتري قد بنى فى ملكه . وإذا قيل بأن التسجيل لا ينقل ملكية الأرض ، فيما بين البائع والمشتري ، إلا من وقت تسجيل البيع ، لتبين أن المشتري قد بنى فى غير ملكه ، ولكنه أصبح هو نفسه المالك

بمحالتها وقت انعقاد البيع ، بأن أحدث فيها بناء . فإذا طلب المشتري التعويض عيناً ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى حالتها وقت البيع . وليس هذا حقاً للبائع حتى يحتل القول بأنه يتمسك فى استعماله ، بل هو التزام يجب عليه القيام به . وإذا لم يطالب المشتري من البائع هدم البناء تعويضاً عينياً عن إخلاله بالتزامه من تسليم العين بمحالتها وقت البيع ، يكون بذلك قد قبل بقاء البناء قائماً فى الأرض ، وعليه إذن أن يدفع للبائع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . فالمشتري إذن بين أمرين : إما أن يجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها ، أو أن يستبقى البناء مع دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . والذى لا يستطيع المطالبة به بموجب قواعد البيع ، وكان يستطيع المطالبة به بموجب قواعد الاتصاق ، هو استبقاء البناء مع دفع قيمته مستحق الهدم .

وهناك رأى يذهب إلى أن للمشتري إلزام البائع بهدم البناء . وليس له أن يجبره على ترك البناء حتى لو عرض عليه الوفاء بما أنفق فيه ، وإذا أراد المشتري أن تنتقل ملكية البناء إليه فلا بد له من اتفاق جديد مع البائع على ذلك ، وتنتقل ملكية البناء إلى المشتري بموجب هذا الاتفاق الجديد الذى يخضع بدوره لإجراء التسجيل (محمد على عرفه ٢ فقرة ٥٢ ص ٦٤ - ص ٦٥ - حن كيرة ص ٦٧ - ص ٦٨) . ويؤخذ على هذا الرأى أنه لم يواجه حالة ما إذا لم يطلب المشتري هدم البناء ولم يستطع الوصول إلى اتفاق مع البائع فى شأنه ، وهذه هى الحالة المنتظر وقوعها فى الغالب . فهل ينزع البائع البناء من الأرض دون أن يطلب منه المشتري ذلك ، ونزع البناء من الأرض التزام على البائع لاحق له كما قدمنا . أو يستبقى المشتري البناء دون اتفاق مع البائع وإذا استبقاه فأية قيمة يلتزم بدفعها للبائع فى مقابل البناء ؟ يبدو أن الحل العادل فى هذه الحالة هو أن المشتري يستبقى البناء فى مقابل دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء كما سبق لقول ، وليس له على أية حال أن يستبقه فى مقابل دفع قيمته مستحق الهدم . وكانت قواعد الاتصاق تجنبنا كل هذه المشاكل ، وهى القواعد التى لجأ إليها القضاء فعلاً كما رأينا ، ولكن تطبيقها لا يستقيم من ناحية المنطق القانونى إلا إذا قلنا بأن التسجيل أثر رجعى فيما بين البائع والمشتري .

بالسجل ، فلا يعود للبائع شأن بالبناء الذي أقامه المشتري قبل التسجيل (١) .

(١) أو كما تقول محكمة النقض إن البيع غير المسجل يخول المشتري الانتفاع بالأرض فله حق البناء عليها على سبيل البقاء والاستقرار فيكون البناء ملكاً له (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) - ولكن الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين البائع والمشتري ، إذا بني المشتري في الأرض قبل التسجيل ، تكون له أهمية عملية فيما إذا أراد المشتري أن يشفع بانيه الذي أقامه في الأرض المجاورة التي بيعت قبل أن يسجل عقد البيع . ونرى في هذه الحالة أن المشتري أن يأخذ الأرض المجاورة بالشفعة بعد أن يسجل عقد البيع ، لأن التسجيل يجعله مالكا - بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة المشفوع منه وهو ليس من الغير في معنى التسجيل - من وقت انعقاد البيع الصادر للمشتري الشفيع ، فيكون هذا قد بني في ملكه وتملك كلا من الأرض والبناء من وقت انعقاد البيع ، أي قبل البيع الصادر لمشتري الأرض المجاورة ، ومن ثم يجوز له الأخذ بالشفعة . بل إننا نرى أن المشتري الشفيع يأخذ بالشفعة ، حتى لو لم يكن في الأرض التي اشتراها ، إذ هو يملك هذه الأرض ، بعد تسجيل عقد البيع ، منذ انعقاد البيع ، وذلك بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة فيكون جارا مالكا في معنى الشفعة ، ومن ثم يجوز له أن يشفع بالأرض التي اشتراها دون حاجة إلى أن يقيم عليها بناء (أنظر الوسيط : فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعطاء المشتري الذي بني في الأرض المشتراة قبل التسجيل الحق في أن يشفع في الأرض المجاورة إذا بيعت قبل التسجيل ، ولكنه يشفع بالبناء الذي أقامه لا بالأرض التي اشتراها إذ هو لا يملكها إلا من وقت التسجيل بحسب المبدأ الذي سارت عليه محكمة النقض . أما البناء الذي أقامه المشتري فإنه يملكه منذ إقامته وقبل أن يملك الأرض ، وملكته له ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل القرار ، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا لبناء . ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل ، ذلك أن الشفيع مشتري الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه ، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلا عن الأرض . كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالاتصاق قولاً بأن يانع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عند شرائه . ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا لبناء بفعل الاتصاق إنما يقرر في صالح المالك قريبة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس ، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار . فمناط تطبيق قواعد الاتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير بأحداث هذا البناء . فحيثما وجد اتفاق أو إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير ، امتنع التحدي بقواعد الاتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدني لتقديم ، ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه . ولا نزاع في أن البائع ، وهو ملزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له ، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل للمشتري - سبب المبيع . وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع . ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) - وانظر في انتقاد هذا الحكم محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥٧) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة (أنظر ما قبل فقرة ١٨٩) .

ولكن تدق المسألة لو أن مشترى ثانيا من البائع . بق المشتري الأول الذى بنى فى الأرض إلى تسجيل عقده . فانتقلت الملكية إلى المشتري الثانى دون المشتري الأول . ونرى أن الواجب فى هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة البانى فى أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وأن له حقا فى البناء . ومن ثم تسرى عليه أحكام أحكام المادة ٩٢٥ مدنى وهى الأحكام العامة للاتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية ، ويتملك المشتري الثانى البناء بالاتصاق على أن يدفع للمشتري الأول أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . ويكون للمشتري الأول الحق فى نزع البناء من الأرض مع إعادتها إلى أصلها . كما يكون للمشتري الثانى أن يملك الأرض للمشتري الأول فى مقابل تعويض عادل إذا كان التزامه بدفع أدنى القيمتين للمشتري الأول فى مقابل تملكه البناء بالاتصاق مرهقا له .

٣ - أداء التعويض لصاحب المنشآت

١٠٩ - عن صاحب المنشآت فى حياض الأرض منى يستوفى التعويض
وعن صاحب الأرض فى نفي تعطيل رفع التعويض : رأينا فيما تقدم أن الأحكام العامة للاتصاق توجب على صاحب الأرض . عندما يملك بالاتصاق المنشآت التى أقامها أجنبي فى أرضه . دفع تعويض لصاحب المنشآت يختلف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها . فهو إذا كان حسن النية . كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين : قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت . وهذا ما لم يختار صاحب المنشآت نزع البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها . وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض . فقد يختار صاحب الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق عليه مرهقا له . وذلك فى مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملتزم به فى هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض . وإذا كان من أقام المنشآت سيئ النية . كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت . وله أن يستبها

ويتملكها بالالتصاق . ويكون التعويض الملتزم به في هذه الحالة نحو صاحب المنشآت هو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ولما كان التعويض يستحقه . في أغلب هذه الأحوال . صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض . وكان الأول هو الذي يحوز الأرض التي أقام عليها المنشآت . فمن حقه طبقا للقواعد العامة أن يخس الأرض حتى يستوفي التعويض المستحق له . وقد يكون التعويض . في جميع الأحوال المتقدمة بما فيها حالة التعويض الذي يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض عند تملك الأرض لصاحب المنشآت . عبئا ثقيلا على المدين به . فأجاز له القانون تيسيرا عليه أن يطلب التقسيط في الوفاء بهذا التعويض .

ونبحث كلا من هذين الأمرين :

١١٠ - حبس صاحب المنشآت للمنشآت متى يستوفي التعويض :

هنا يجب أن نستبعد . كما قدّمنا . حالة تملك الأرض لصاحب المنشآت فيما إذا كان هذا الأخير حسن النية وكان يرهق صاحب الأرض أن يدفع له التعويض المستحق عليه . ذلك لأن الأرض والمنشآت تكون في هذه الحالة في حيازة صاحب المنشآت . فهو الحائز وهو في الوقت ذاته المدين بالتعويض . أما الدائن بالتعويض فهو صاحب الأرض ولا يحوز شيئا . فلا يتصور إذن إعطاؤه حق حبس المنشآت حتى يستوفي التعويض المستحق له .

ولنما يثبت حق حبس المنشآت لمن أقامها . عندما يكون دائنا بالتعويض لصاحب الأرض على التفصيل الذي سبق أن بسطنا . فهو الحائز للأرض والمنشآت معا ، ويستطيع أن يخس المنشآت . ومعها الأرض ضرورة . حتى يستوفي التعويض المستحق له . وهذا الحق في الحبس يثبت له بموجب القواعد العامة . وهي مقررّة في المادة ٢٤٦ مدني إذ تقول : ١٠ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به . ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مرتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص للحائز الشيء أو محرزه . إذا هو ألتفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .

فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له . إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع . وواضح أن صاحب المنشآت . بعد أن ملكها صاحب الأرض بالاتصاق : ملزم بأن يسلمها لصاحب الأرض . ولكن صاحب الأرض ملزم أيضا بأن يدفع لصاحب المنشآت التعويض المستحق له . وهذا الدين بالتعويض في ذمة صاحب الأرض مترتب على التزام صاحب المنشآت بتسليمها لصاحب الأرض ومرتبطة به : فتوافرت شروط الحبس . وجاز لصاحب المنشآت أن يحبسها عن صاحب الأرض وعن دائنيه وعن أى شخص آخر تنتقل إليه من صاحب الأرض ملكية المنشآت أو أى حق عيني عليها (١) : وذلك حتى يستوفى صاحب المنشآت التعويض المستحق له . وإذا كان لحائز الشيء الذى أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدنى سالف الذكر . فأولى أن يثبت حق الحبس لمن أنشأ الشيء إنشاء ولم يقتصر على إنفاق مصروفات نافعة عليه : حتى يستوفى ما هو مستحق له (٢) . وما دام قد ثبت لصاحب المنشآت حق حبسها على النحو الذى ذكرناه . فإن الأحكام العامة للحق فى الحبس تسرى . وقد سبق تفصيلها فى الجزء الثانى من الوسيط (٣) . وينتهى الحق فى الحبس إذا قدم صاحب الأرض تأمينا كافيا للوفاء بالتعويض . أو قضى بأن يكون الوفاء بالتعويض على أقساط دورية بشرط أن يقدم صاحب الأرض الضمانات اللازمة (م ٩٢٧ و ٩٨٢ مدنى) كما سيبنى (٤)

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٧٣ - فقرة ٦٧٤ .

(٢) ولا يمكن القول بأن التزام صاحب المنشآت بإردها إلى صاحب الرد ناشئ عن عمل غير مشروع . ذلك أنه ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشآت بالاتصاق نتيجة لإقامة هذه المنشآت فى أرضه ، وإقامة المنشآت فى أرض الغير ، ولو بسوء نية : لا يعتبر عملا غير مشروع فى معنى المادة ٢٤٦ / ٢ مدنى . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١١ - شفيق شحادة فقرة ٢٣٦ ص ٢٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٦ - عبد المنعم فريج الصلة فقرة ٢٦٩ ص ٢٩٥ - عكس ذلك عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها .

(٤) أنظر مايل فقرة ١١١ - ولا يوجد فى القانون الفرنسى نص عام فى الحبس ، كما وجد هذا النص فى التقنين المدنى المصرى الجديد فيما رأينا . ويذهب القضاة الفرنسى إلى = (٢٠)

وليس لصاحب المنشآت حق امتياز عليها . فإن الامتياز لا يثبت إلا بنص
والنص غير موجود . ومجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز
عليه بصريح النص (م ١/٢٤٧ مدني) .

١١١ - من صامب الأرض في تعسيف دفع التعويض - نص قانوني :
المادة ٩٢٧ مدني على ما يأتي :

« تسري أحكام المادة ٩٨٢ في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد
الثلاث السابقة » ١

= إعطاء الحق في الحبس للحائز حسن النية (نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ -
١-٢٤١) دون الحائز سيء النية (نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤-١-٢١) .
ويؤيد هذا القضاء بعض الفقهاء (كاسان في الدفع بعدم التنفيذ في العلاقات التبادلية رسالة من
باريس سنة ١٩١٤ ص ٥٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧١ ص ٢٦٨) . ولكن
الغالب في الفقه الفرنسي هو التسوية مابين الحائز حسن النية والحائز سيء النية ، وإعطاء
الاثنين الحق في الحبس (بيدان في التأميمات العينية ١ فقرة ٢٥٠ - Ferron) في تعليقه في
سيريه ١٩٠١-١-١٩٣) . أو إنكاره عليهما معاً (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة) .
أما في التقنين المدني المصري السابق . فقد كان الرأي الغالب هو إعطاء الحق في الحبس للحائز
سواء كان حسن النية أو سيئها . قياساً على الحق في الحبس المعطى لمن أحدث تحسينات في العين
بصريح نص هذا التقنين (م ٢/٦٠٥ مدني قديم) : أنظر استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١
م ١٣ ص ٣٢٤-٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٥-٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨
ص ٦٨ - محمد كامل مرسي في مجلة القانون والاقتصاد ٨ فقرة ٦١ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ -
محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٦ ص ٧٩ ويبحث في مجلة المحاماة ٢٢ ص ٥٦٧ .

(١) تدريج النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٩ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٦ . فجلس الشيوخ تحت رقم
٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التفتيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي ٩٣١ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنه اللبناني لا مقابل .

والمواد الثلاث السابقة هي المواد ٩٢٤ - ٩٢٦ مدنى ، وهي فيما يتعلق بالتعويض تعرض : (١) للتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان سىء النية . وهو أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م ٩٢٤ مدنى) . (٢) والتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان حسن النية أو كان قد بنى بترخيص من صاحب الأرض . وهو أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب المنشآت (م ١/٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى) . (٣) والتعويض الذى يستحقه صاحب الأرض فى حالة ما إذا ملك الأرض لصاحب المنشآت حسن النية . حتى يتفادى تملك المنشآت بالالتصاق فيكون التزامه بتعويض صاحبها مرهقا له . وهو تعويض عادل يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض (م ٢/٩٢٥ مدنى) .

فقد يكون التعويض المستحق فى هذه الأحوال المختلفة مبلغا نسبيا يعي المدين به دفعه فورا وجملة واحدة . فقرر القانون أن يعامل المدين بهذا التعويض معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفق من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة ، تيسيرا له فى الوفاء بالتعويض المستحق . وهذا التيسير فى دفع التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة تضمنته المادة ٩٨٢ مدنى ، وقد أحالت المادة ٩٢٧ مدنى سالفه الذكر عليها . فتسرى إذن أحكام المادة ٩٨٢ مدنى على أداء التعويض المستحق بموجب أحكام الالتصاق . وتنص المادة ٩٨٢ مدنى هذه على أنه « يجوز للقاضى . بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية . بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

فللقاضى إذن : بناء على طلب المدين بالتعويض (صاحب الأرض أو صاحب المنشآت بحسب الأحوال) . أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض . وله بوجه خاص أن يقسط هذا التعويض ، فيكون الوفاء

به على أقساط دورية في مواعيد يحددها القاضى . كما أن له أن يؤجل دفع التعويض فيدفعه المدين به جملة واحدة في ميعاد يحدده القاضى . وسواء قسط القاضى التعويض أو أجل دفعه . فالواجب أن يقدم المدين بالتعويض الضمانات اللازمة للوفاء به في مواعيده الدورية أو عند حلول الأجل الذى حدده القاضى . فيقدم مثلا رهنا أو كفالة عينية أو شخصية (١) . ويستطيع المدين بالتعويض ، إذا لم يجد سيلا لتقديم هذه الضمانات . أن يتحلل من الالتزام بتقديمها إذا هو وفى التعويض فورا وجملة واحدة بعد خصم فوائدھا بالسعر القانونى (٤٪) من يوم أن وفى بها إلى يوم استحقاقها وفقا للمواعيد التى حددها القاضى . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى التزام المالك بتعويض الحائر عما أنفقه من المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (٢) .

§ ٤ - فروض وردت فيها أمطام خاصة غير أمطام الالتصاق :

١١٢ - فروض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة : ورد فى هذا

الفرض نص خاص . ليس هو مجرد تطبيق لأحكام الالتصاق المتقدم ذكرها . بل يغير هذه الأحكام بعض المغايرة . ومن ثم يجب تطبيق هذا النص الخاص دون أحكام الالتصاق . فقد نصت المادة ٥٩٢ مدنى على أنه ١ - إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار . ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر إزالتها . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتضى . ٣ - فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها .

(١) وعلى ذلك لا يكون لمصاحب المنشآت الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له . فقد أصبح هذا التعويض بالأجل الذى منحه القاضى غير حال الأداء . واخبر لا يكون إلا فى حق مستحق الأداء (عبد المنعم فرح الصدة فقرة ٢٦٩ من ٢٩٥) .

(٢) أنظر مايل فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٥٩ .

ونبين هنا فيم تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق وفيم تختلف ،
وهي على كل حال واجبة التطبيق في الفرض الذي نحن بصددده ، اتفقت
مع أحكام الالتصاق أو اختلفت معها .

ففي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس بعلم المؤجر ودون
معارضته ، وعلى المستأجر إثبات العلم وعلى المؤجر إثبات المعارضة ، وجب
التسليم بأن المؤجر موافق على إقامة هذه المنشآت في العين المؤجرة موافقة
ضمنية على الأقل ، إذ هو عالم بها ولم يعارض فيها . ومن ثم يكون المستأجر
في وضع الحائز حسن النية ، وقد قضى النص بأن يستبقى المؤجر البناء أو الغراس
لأنه كان موافقا على إحداثه فلا يجوز له طلب إزالته ، ويرد للمستأجر عند
نهاية الإيجار أقل القيمتين . ما أنفقته في تلك التحسينات أو ما زاد في قيمة
العين المؤجرة . وإلى هنا نتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق . ولكن
الحائز حسن النية في أحكام الالتصاق يجوز له ، إذا أراد ، نزع المنشآت
مع إعادة العين إلى أصلها . أما المستأجر فلا يجوز له نزع المنشآت إذا أراد
المؤجر استبقاءها .^(١) وكذلك يجوز في أحكام الالتصاق أن يطلب صاحب
الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت في نظير تعويض عادل إذا كان

(١) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المؤجر قد
رخص للمستأجر في أن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة ، على أن يلتزم بموايد المبنى التي
تربط على هذا البناء المستجد ، وسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت ، فإن ملكيتها
تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة ، ولا تؤول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار . ذلك
أن حق المؤجر بالنسبة إلى تلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر في هذا
الوقت ، ويحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى
حالتها الأصلية ، بينما يتمتع على المؤجر في هذا الفرض طلب إزالة هذه المنشآت - ولا يصح
الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق المقررة في القانون المدني تقضي باعتبار المؤجر مالكا للبناء
من وقت إنشائه ، إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر في إقامة البناء على نفقة هذا المستأجر مع
التزام الأخير بالضريبة العقارية على هذا البناء - وهي مما يلتزم به أصلا المالك - دون
اتفاق على مصير هذا البناء ، ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل أعمال أحكام الالتصاق حتى ينشئ
عقد الإيجار ، وهي أحكام لا تتعلق بالنظام العام ، ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها (نقض
مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٢ ص ١٢٥١ : ويلاحظ أن
البناء قد أقيم في هذه القضية في وقت كان فيه التقنين المدني السابق هو المعمول به) .

التزامه بتعويض صاحب المنشآت فيما إذا استبقاها التزاما مرهقا له . أما المؤجر فلا يجوز له تملك العين المؤجرة للمستأجر إلا باتفاق خاص .

وفي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس دون علم المؤجر أو بعلمه ولكن رغم معارضته : وجب القول إن المؤجر يكون غير موافق فعلا على ما أحدثه المستأجر إذا تم رغم معارضته ، أو غير موافق عليه حكما إذا تم دون علمه . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائر سيء النية ، وقد قضى النص بأن يكون للمؤجر طلب الإزالة ، وعلى المستأجر عندئذ أن يتزع ما أحدثه في العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى أصلها ، وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذي يصيب العين المؤجرة إن كان للتعويض مقتضى . وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق^(١) . ويجوز للمؤجر كذلك أن يستبقى ما أحدثه المستأجر ، ولكن عليه أن يرد له أدنى القيمتين ، ما أنفقه المستأجر أو ما زاد في قيمة العقار . وهنا تختلف هذه الأحكام عن أحكام الالتصاق . فأحكام الالتصاق تقضى بأن يرد صاحب الأرض أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة الأرض . فقيمة المنشآت مستحقة الإزالة في أحكام الالتصاق يقابلها ما أنفقه المستأجر في أحكام الإيجار ، ولما كان الغالب أن يكون ما أنفقه المستأجر أكبر من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، فإن القانون يكون قد عامل المستأجر معاملة أفضل من معاملته للحائر سيء النية في أحكام الالتصاق^(٢) .

(١) ولكن ليس للمؤجر أن يطلب الإزالة إلا عند انقضاء الإيجار ، إذا كانت المباني التي أقامها المستأجر لم يترتب عليها ضرر للعين المؤجرة . وذلك لأن مصلحة المؤجر في طلب إزالتها لا تثور إلا عند انقضاء الإيجار ، حيث يلتزم المستأجر برد العين بالحالة التي تسلمها بها (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩) .

(٢) ومع ذلك يستطيع المؤجر ، من الناحية العملية ، أن يدفع للمستأجر مبلغا يقرب من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، وسيله إلى هذا أن يهدد المستأجر باستعماله حقه في طلب الإزالة والتعويض ، فيضطر المستأجر في كثير من الأحيان أن يقبل المبلغ الذي يعرضه عليه المؤجر (الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٦ هامش ١) .

أما في عهد التقنين المدني السابق ، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع خول مالك الأرض ، وفقاً لأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة ٦٥ من القانون المدني القديم ، الحق في تملك البناء الذي يقيمه الغير في أرضه دون رضاه مقابل دفع القيمة طبقاً لهذه المادة . وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب إبقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه مع تعويض الحسارة الناشئة عن فعله . وإذا لم يكن القانون المدني القديم يتضمن نصاً خاصاً بتنظيم العلاقة بين المالك =

وفي جميع الأحوال ، إذا احتفظ المؤجر بالمنشآت التي أقامها المستأجر ووجب عليه تعويضه على النحو سالف الذكر . جاز للمحكمة أن تنظر المؤجر إلى أجل للوفاء بالتعويض (م ٥٩٢/٣ مدني سالف الذكر) . ويجوز التوسع في تفسير هذا الحكم . بحيث يقال إن للمحكمة أيضاً أن تقسط التعويض على أقساط دورية ، وإن لما أن تلزم المؤجر بالضمانات اللازمة ، فتقرب أحكام الإيجار في هذا الصدد من أحكام الالتصاق كما هي مقررّة في المادتين ٩٢٧ و ٩٨٢ مدني (١) .

١١٣ - فرضي ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه : وورد هنا أيضاً نص خاص . بغير مغايرة كبيرة الأحكام العامة في الالتصاق ، فيجب في هذا الفرض تطبيق هذا النص الخاص دون هذه الأحكام . فقد نصت المادة ٩٤٦ مدني على أنه « ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة . كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبق البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » . ونرى من هذا النص أنه يفرق بين حالتين :

والمستأجر في هذا الشأن - كما ورد بنص المادة ٥٩٢ من القانون المدني الحالي - فإن مؤدى الأحكام العامة للالتصاق الواردة بالقانون المدني المشار إليها فيما تقدم ، أن البناء الذي يقيم المستأجر من ماله الخاص دون إذن صريح أو ضمنى بإنشائه من مالك الأرض لا يكون ملكاً لصاحب هذه الأرض بفعل الالتصاق إذا عمل رخصته في الاختيار بإظهار رغبته في الإزالة . فلا يلحق البناء بملكية الأرض . وإنما يبقى مستقلاً عنها ملكاً خالصاً لمن أقامه مدة بقائه . فإذا كان المؤجر قد أظهر رغبته في إزالة المبنى ، فإنها تبقى مملوكة للمستأجر حتى يقوم بإزالتها في أثناء مدة الإيجار أو بعد انتهائها ، ولا يكون للمؤجر حق المطالبة بأجرة عنها (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٩ ص ١٢٧٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١١ - وانظر فيمن تكون له ملكية المبنى والغراس في أثناء الإيجار الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ - وانظر في تفصيل ما قدمناه الوسيط ٦ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣٣ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٩ .

(الحالة الأولى) حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الحائز حسن النية . ولكن الأحكام التي تسري عليه تغاير أحكام الالتصاق . فإنه يكون مخيرا ، إذا ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه يمتلكه الشفيع . بين أن يتقاضى من الشفيع المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار . ويبدو أن للمشتري ، بدلا من ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه وتقاضى أكبر القيمتين المتقدمتين الذكر ، الحق في نزع البناء أو الغراس من العقار على أن يعيد العقار إلى أصله ، إذ لا يوجد لا في النصوص ولا في المبادئ العامة ما يحول دون ذلك ، فضلا عن أن الحكم لا شك في عدالته (١) . ويتبين من الأحكام سالفة الذكر مغايرة كبيرة بينها وبين أحكام الالتصاق في حالة الحائز حسن النية . ذلك أن الحائز حسن النية ، إذا لم يتزع المنشآت من الأرض ويعيد الأرض إلى أصلها ، يبقى هذه المنشآت في الأرض ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق . على أن يدفع لصاحب المنشآت أقل القيمتين ، المبلغ الذي أنفقه الحائز في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . أما هنا فالمشتري الذي أقام المنشآت - لا الشفيع الذي يعتبر في وضع صاحب الأرض لأنه يصبح بالشفعة صاحب العقار المشفوع فيه - هو الذي يختار ، إذا لم يتزع المنشآت من العقار المشفوع فيه ، بين أكبر القيمتين (لا بين أقل القيمتين كما هو الأمر في أحكام الالتصاق) ، المبلغ الذي أنفقه المشتري في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . وهذا فرق جوهري ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، إذ المشتري يعامل معاملة أفضل من معاملة الحائز . ويبرر ذلك أن المشتري إنما يقيم المنشآت في ملكه ، ولم يكن عليه قبل إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة أن يحسب حساب هذه الرغبة عند إقامة المنشآت . و فرق آخر ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، هو أن الشفيع لا يجوز له تملك العقار المشفوع فيه للمشتري حتى لو كان التعويض المستحق عليه مرهقا له وكان أمامه أن يتفادى هذا الإرهاق

(١) قارن مع ذلك محمد علي عرقة ٢ فقرة ٥٣ ص ٩٦ .

بترك الأخذ بالشفعة : في حين أن صاحب الأرض له هذا الحق بالنسبة إلى الحائز حسن النية كما سبق القول .

(الحالة الثانية) حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الحائز سيء النية . ويجوز للشفيع طلب الإزالة ، وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتضى ، وإلى هنا تتفق أحكام الشفعة مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار الشفيع أن يستبقى البناء أو الغراس ، أخذه بقيمة ما أنفقه المشتري فيه . وهنا تختلف أحكام الشفعة عن أحكام الالتصاق اختلافاً بينا ، فإن صاحب الأرض في أحكام الالتصاق إذا استبقى المنشآت أخذها بأقل القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة العقار المشفوع فيه بسبب هذه المنشآت .

وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة ورجوع المشتري على الشفيع بسبب ما أقامه من بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه (١) .

١١٤ - فرض ما إذا بنى المحكر في الأرض المحكرة : وقد ورد

نص خاص في هذا الفرض أيضاً تختلف أحكامه قليلاً عن أحكام الالتصاق ، فيعمل بأحكام النص الخاص دون أحكام الالتصاق . إذ نصت المادة ١٠١٠ مدني على أنه ١ - عند فسخ العقد أو انتهائه ، يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحق الإزالة أو البقاء . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره . ٢ - وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال ، وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته .

وهنا عامل القانون المحكر معاملة الحائز سيء النية : لأنه وهو يبنى أو يغرس في الأرض المحكرة يعلم أن الأرض مملوكة لغيره . وأعطى للمحكر صاحب الأرض الحق في طلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها ، وهنا تتفق أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار المحكر استبقاء البناء أو الغراس . تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الإزالة أو قيمته

(١) انظر ما بيل فقرة ٢٤٣ .

مستحق البقاء . وله أن يطلب مهلة في الدفع ، مع تقديم كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته . وفي هذا كله أيضا تنفتح أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق ، فتكون أحكام المحكر في مجموعها منفعة مع أحكام الالتصاق . إلا أنه مع ذلك يوجد فرق ما بين أحكام المحكر وأحكام الالتصاق . ففي أحكام الالتصاق : في حالة الحائز سيء النية : لا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة إلا في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه باقامة المنشآت . أما في المحكر فلم ينص القانون على ميعاد محدد يطلب فيه المحكر الإزالة ، ومن ثم يجوز له طلب الإزالة في أى وقت شاء (١) .

§ ٥ - فروض تسبب أضرار من نطاق أحكام الالتصاق

١١٥ - فرض ما إذا بنى المالك في الشروع في الأرض الشائعة : إذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها . فان أحكام الالتصاق هنا لا تسرى ، ويجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيقها . وأحكام الشروع هي التي تسرى في هذا الفرض ، إذ تعتبر إقامة الشريك بناء في جزء مفرز من الأرض الشائعة عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة (٢) . فيجب تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع .

ومقتضى تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع أن بناء الشريك يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ويدخل فيهم الشريك الباني نفسه . أو في القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة لعمل الشريك الباني بعد أن يتم البناء . فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ولم تقره بعد إقامته . جاز إجبار الشريك الباني على إزالة البناء ودفع تعويض لساير الشركاء عما عسى أن تكون إزالة هذا البناء قد ألحقت بالأرض من ضرر . أما إذا وافقت الأغلبية الخاصة على البناء قبل إقامته . أو أقرته بعد إقامته .

(١) أنظر في تفصيل تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء المحكر الوسيط ٦ فقرة

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٠٠ .

فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء كل بنسبة حصته في الأرض الشائعة (١)

١١٦ - فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل

أو الموكل : ويقع أن يقوم فضولي بالبناء في أرض رب العمل : ويكون هذا البناء أمراً عاجلاً فتتحقق شروط الفضالة . وفي هذه الحالة لا يعتبر الفضولي بانياً في أرض الغير . ولا تسري أحكام الالتصاق . بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلاً من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق ، وتطبيق أحكام الفضالة . فيجب على رب العمل أن يرد للفضولي النفقات التي صرفها في انبناء مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها : وأن يتخذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه . وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها

(١) أما في التقنين المدني السابق : حيث لم يكن هناك نظام تشريعي لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة ، فإن محكمة النقض أشفقت على الشريك الباني من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يري له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر ، فقضت بأن لكل من شركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة ، ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فإنه لا يعد بانياً في ملك غيره . ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدني (السابق) لا تكون مطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء في ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية في الشيوع في الجزء الذي حصل فيه انبناء . فإن كل ماله هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص ٥٥) . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة عند بحث الملكية في الشيوع ، فتحيل إلى ما قد مناد في هذا الصدد وإلى المراجع والأحكام التي أشرنا إليها (الوسيط ٨ فقرة ٥٠٢) .

أما التقنين المدني السوري وقانون الملكية العقارية اللبناني ، فقد قضى كل منهما بوجوب انتظار القسمة . فإن لم يخرج الجزء المبني في حصة الباني ، اعتبر بانياً في أرض غيره وهو حسن النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق ، وهذا هو ما كانت محكمة النقض المصرية تقضي به في عهد التقنين المدني السابق فيما رأينا . وقد نصت المادة ٨٩٢ مدني سوري في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الأغراس والأبنية قد غرسها أو شيدها على عقار مشترك أحد الشركاء في هذا العقار بدون رخصة شركائه الآخرين ، فتجرى قسمة العقار عند الاقتضاء على يد القاضي ، ثم يطبق على كل حصة من الحصص أحكام المادة ٨٨٩ (أحكام الالتصاق في حالة الباني بحسن نية) » . وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني . أما التقنين المدني العراقي فقد نصت المادة ١١٢٣ منه على أنه « إذا بنى أحد أصحاب الحصص لنفسه في الملك المشتري القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ، ثم طلب الآخرون القسمة ، فتقسم . فإذا أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه ، وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بالهدم » .

في أثناء قيامه بالبناء . وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بهذا العمل (م ١٩٥ مدني) .

وقد يوكل شخص شخصاً آخر في إدارة أعماله ، ويكون من الأعمال التي يقوم بها الوكيل تنفيذاً لوكالته إقامة بناء في أرض الموكل . فيجب هنا أيضاً عدم اعتبار الوكيل بانياً في أرض غيره ، بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلاً من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق . وأحكام الوكالة هي التي يجب تطبيقها في هذا الفرض . فليترم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقته في إقامة البناء مع الثوائد من وقت الانفاق ، وإذا طلب الوكيل مبالغ للانفاق منها في شؤون البناء وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ (م ٧١٠ مدني) .^(١)

§ ٦ - فروض تستثنى من أحكام الالتصاق

١١٧ - فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض

الموصقة - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٨ مدني على ما يأتي :

« إذا كان ما لك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة . جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتزل لحارده عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل »^(٢) .

(١) أنظر هذه المسألة في القانون الفرنسي وتردد القضاء الفرنسي : بلانيون وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء المصري كان يجري على هذا المسار تطبيقاً لقواعد العدالة : استئناف مخطط ٨ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ م ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٥ - المطايعين ٢٧ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٩ ص ١٢٥ . ولم

ويفرض هذا النص أن أرضاً بنى عليها مالكها ، وفي أثناء البناء جاوز ، دون أن يتنبه لذلك . حدود ملكه إلى جزء صغير من الأرض الملاصقة لأرضه ، فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير . وقد يكون ذلك . كما هو الغالب ، لعدم ظهور الحدود وابتهامها ما بين الجيران . وهذا فرض يدخل في نطاق أحكام الالتصاق : فالباقي قد بنى بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه . فيكون قد بنى في ملك غيره . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض أن يملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق ، وذلك بأدنى القيمتين . قيمة ما أنفقه الباقي في هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد في الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء . وكلا القيمتين تافه إزاء التضحية التي يتحملها الباقي من أن يكون جزء لا يتجزأ من بنائه مملوكاً لجاره بالالتصاق . وإذا جاز للباقي وهو حسن النية أن يترع البناء من الجزء الملاصق . فإن تضحيته تكون تضحية أكبر . وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، فإن هذا هو حق للجار الملاصق لا التزام عليه . ولا يستطيع الباقي أن يجبره على استعماله . والحل العادل في هذا الفرض هو جواز إجبار الجار الملاصق على أن يتزل عن ملكية هذا الجزء الصغير من أرضه المشغول بالبناء لجاره الباقي في نظير تعويض عادل . ولكن هذا الحل العادل يخالف أحكام الالتصاق كما رأينا ، ومع ذلك فقد كان القضاء المصري يجري عليه في عهد التقنين المدني السابق أخذاً بمقتضيات العدالة^(١) . وكان ينقصه أن يستند إلى نص في ذلك يستثنى هذا الفرض من أحكام الالتصاق . ويجعل الحكم فيه هو هذا الحكم العادل . وقد أوجد التقنين المدني الجديد هذا النص العادل . وهو المادة ٩٢٨

= يمكن القضاء يستند إلى نص ، فقتن التقنين المدني الجديد هذا القضاء العادل .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي ٩٣٢ م (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر آنفاً ص ٣١٦ هنش ٢ .

مدنى سالفة الذكر (١) . ويجب لتطبيقها توافر شرطين : (١) أن يكون الباني إنما يبنى أصلاً في أرضه ، وقد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق . (٢) أن تكون هذه المجاوزة من الباني قد وقعت بحسن نية (٢) .

فإذا توافر هذان الشرطان ، جاز للقاضي ألا يجرى أحكام الالتصاق ، وأن يستثنى هذا الفرض من هذه الأحكام . وبدلاً من أن يملك الجزء من البناء لصاحب الجزء الصغير من الأرض الملاصقة ، يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، وذلك في نظير تعويض عادل يقدره الخبير عند الاقتضاء (٣) . ويلاحظ أن هذا أمر جوازي للقاضي وخاضع لتقديره ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « واستثناء من الأحكام المتقدمة ، إذا جار الباني بحسن نية على أرض الجار ، وكان يبنى في أرضه فجاوزها إلى جزء صغير ملاصق له من أرض جاره ، وبنى بناءً ضخماً لو طبقت عليه الأحكام المتقدمة لأصبح جزء من هذا البناء الضخم ملكاً للجار ، لحاز الباني أن يجبر الجار على أن ينزل له عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل ... وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص ، ففطن المشروع هذا القضاء العادل ، ودعمه بالنص الذى ينقصه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٢) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٢ - أما إذا كان الباني قد بنى بسوء نية بأن كان متنبهاً لمجاوزته حدود أرضه ، وبخاصة إذا نهبه الجار إلى ذلك فلم يأبه لهذا التنبيه ، فإنه يجب تطبيق أحكام الالتصاق المتعلقة بالباني بسوء النية . ويكون للجار الملاصق طلب إزالة البناء الذى يشغل أرضه ، أو تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الهدم أو قيمة ما زاد في أرضه بسبب هذا البناء (نقض فرنسى ٢٦ يولييه سنة ١٨٤٢ دالوز ٤٢ - ١ - ٣٠٦ محمد على عرقة ٢ فقرة ٥٥ ص ٤٠٠) .

(٣) ويبتدئ في هذا التعويض ، لافحسب بقيمة الجزء من الأرض المشغول بالبناء ، بل أيضاً بما أصاب صاحب الأرض الملاصقة من انصرار بسبب حرمانه من هذا الجزء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٣ ص ٢٨٣) .

ولما كان هذا الحكم حكماً استثنائياً ، فإنه لا يجوز التوسع في تفسيره ، ويترتب على ذلك ما يأتي : (أ) لا يجوز تملك الباني إلا الجزء الصغير الملاصق للبناء والمشغول به دون زيادة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم الاقتصار على تملك هذا الجزء من الأرض الذى يشغله البناء ، بل يمتد التملك مسافة متر حول البناء من الخط الخارجى لكل مطل مفتوح في البناء حتى يتفادى الباني الحكم بسد المطل (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١) . وهذا الحكم متقدم ، حتى في عهد التقنين المدنى الجديد الذى أوجد السند التشريعى للمسألة التى نغن بصدها ولم يكن هذا السند موجوداً في التقنين المدنى السابق الذى صدر في عهده =

فاذا رأى من ظروف القضية ومن حسن نية الباني ومن صغر الجزء من الأرض الملاصقة المشغول بالبناء ما يشفع في الأخذ بهذا الحكم الذي يخرج فيه على أحكام الالتصاق ، جاز له أن يستثنى هذا الفرض ، وبدلاً من أن يخضعه لأحكام الالتصاق يخضعه لهذا الحكم العادل (١) .

١١٨ - المنشآت الصغيرة القائمة على أرض الغير لا على حيز

الدوام - نص قانوني : : تنص المادة ٩٢٩ مدني على ما يأتي :

« المنشآت الصغيرة ، كالأكشاك والحوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام ، تكون ملكاً لمن أقامها » (٢) .

وهذا استثناء آخر من أحكام الالتصاق ، اقتبس من المادة ٦٧٧ مدني سويسري . فان الأصل أن المنشآت ، كبيرة كانت أو صغيرة ، متى اندمجت

- هذا الحكم . ويكتفى بتمليك الباني الجزء المشغول بالبناء على خلاف القواعد العامة في الالتصاق ، ولا نسوع لإبقاء المثل مفتوحاً على ملك الجار بل يجب سده (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفه ٢ فقرة ٥٥ ص ١٠١ هامش ١) . (ب) لا يجوز الحكم بتقسيط أو تأجيل التعويض المستحق في ذمة الباني لصاحب الجزء الملاصق ، فان هذا تيسير مقصور على الحالات الواردة في نصوص خاصة (م ٩٢٤-٩٢٦ مدني) ، وليست هذه الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٢٧ مدني من بينها .

(١) أنظر هذه المسألة في القانون الفرنسي واضطراب القضاء فيها لانعدام النص :
نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٣ - ١ - ٢٩٨ - ٢ مارس سنة ١٩٢٥
سيري ١٩٢٥ - ١ - ٢٠٢ - بودري وشوفو فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣
فقرة ٢٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٩٧٨ - مارتى ورينو فقرة ١٣٤ مكررة
ص ١٤٩ - ص ١٥٠ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ construction فقرة ٨٤ - فقرة ٨٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠١ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٧ ص ٣٢٨) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية البناني لا مقابل .

في الأرض ، تملكها صاحب الأرض بالالتصاق على التفصيل الذي قدمناه .
ولكن القانون استثنى في هذا الفرض المنشآت الصغيرة التي تقام مؤقتا على
أرض الغير ، دون أن يقصد بقاؤها فيها على الدوام . وذلك كالأكشاك
الحشبية والدكاكين الصغيرة والعشش والاستراحات الموقية وأكشاك
الاستحمام التي لها أساس ثابت في الأرض وغير ذلك من المآوى . فهذه
ليست فحسب منشآت صغيرة ، بل هي أيضا منشآت موقية لم يقمها صاحبها
على أرض الغير على سبيل الدوام . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق
أن صاحب الأرض يملكها بالالتصاق ، على أن يدفع تعويضا لأصحابها
يختلف باختلاف الأحوال .

ولكن استثناء من أحكام الالتصاق ، ونظرا لصغر قيمة هذه المنشآت
وبالأخص لأنها منشآت موقية لم يقصد من إقامتها أن تبقى على سبيل الدوام ،
قضت المادة ٩٢٩ مدني سائلة الذكر بأن صاحب الأرض لا يملكها
بالالتصاق . بل تبقى ملكا لمن أقامها . ويستوى في ذلك أن يكون من أقام
هذه المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامتها في أرض الغير ، أو كان
سوء النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير وألا حق له في إقامة المنشآت عليها .
ويترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع نزعها من الأرض
حتى لو كان سوء النية ، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعرض
صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر . ويترتب على
ذلك أيضا أن صاحب الأرض يستطيع أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها
حسن النية (١) ، ما دام لم يتفق معه على إقامتها أو لم يحدد الاتفاق مصير
المنشآت .

وتبقى المنشآت قائمة على الأرض ومملوكة لمن أقامها . حتى يترعها
هذا الأخير أو يطلب إزالتها صاحب الأرض . وذلك ما لم يتفق صاحب
الأرض وصاحب المنشآت على أمر آخر . كأن يتفقا على أن تبقى المنشآت
في الأرض لمدة معينة في نظير أجره عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت .

(١) مع التعويض إن توافرت شروط المئولية العنصرية ، وثبت خطأ في جانب
صاحب المنشآت .

أو يتفقا على تملك صاحب الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض في نظير مبلغ معين . أو يتفقا على أي أمر آخر (١) .

المطلب الثالث

الصورة الثالثة - الباني بني في أرض غيره وبأدوات غيره

١١٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٠ مدني على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها . وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي ، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت » (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٦٦ (٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٩١ . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ - وفي التقنين العراقي م ١١٢٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٨ (٤) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ولاتنطبق الأحكام المتقدمة (أحكام الانتصاق) على الأكشاك والحوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاؤها على الدوام ، فهذه لا تملك بالانتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها ، ويكلف هذا إذا كان معدياً بالإزالة والتعويض (م ١٣٦٤ من المشروع وهي مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السويسري) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٢ » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٥ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٠ (مجموعة الأعمال ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٣) .

(٣) التقنين المدني الوطني السابق م ٦٦ : إذا حصل البناء أو الفراس أو غير ذلك من شخص في أرض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره أيضاً ، فلا يجوز لصاحب المهمات والأدوات المذكورة أن يطلب ردها إليه ، بل له الحق في أخذ تعويض من ذلك الفارس أو للباقي ، أو من صاحب الأرض على قدر ما يكون مطلوباً .
(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩١ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٨ (موافق) .

وهذه هي الصورة الثالثة من صور الالتصاق الصناعي ، وفيها يقيم الباني منشآت في أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث . فيكون أماننا أشخاص ثلاثة : صاحب المواد التي أقام بها الباني المنشآت ، والباني الذي أقام المنشآت ، وصاحب الأرض التي أقيمت فيها المنشآت . وعلينا إذن أن نحدد : (١) علاقة صاحب المواد بالباني . (٢) علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض . (٣) علاقة الباني بصاحب الأرض .

١٢٠ - **علاقة صاحب المواد بالباني** : لما كانت المواد منقولا ، فمن الجائز أن يكون الباني قد حازها بحسن نية وبسبب صحيح ، فيكون قد تملكها بالحيازة . فإذا أقام بها منشآت في أرض غيره ، يكون قد أقام هذه المنشآت بمواد مملوكة له في أرض الغير . ولا رجوع لصاحب المواد السابق عليه بشيء ، وتكون العلاقة بينه وبين صاحب الأرض محكومة بالقواعد التي فصلناها في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي في المطلب السابق .

أما إذا كان الباني لم يملك المواد بالحيازة ، بل أقام بها المنشآت وهي غير مملوكة له ، فقد يكون بني في أرض غيره (١) وهو متىء النية فأجبر على نزعها من الأرض ، أو بني وهو حسن النية واختار هو أن يترعها من الأرض . وفي الحالتين ، ما دامت المواد قد نرعت من الأرض ولم يملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، فانه يبدو أن صاحب المواد يستطيع استردادها من الباني ما دامت قد احتفظت بذاتيتها ، لأن صاحب الأرض لم يملكها بالالتصاق ولم تنتقل ملكيتها إلى الباني بسبب من أسباب انتقال الملك فبقيت على ملك صاحبها . ويكون أيضا لهذا الأخير أن يرجع على الباني بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٢) .

(١) أما إذا كان الباني قد بني بمواد غيره في أرض هذا الغير بالذات ، فالأمر واضح . ذلك أن المواد والأرض مملوكة لشخص واحد ، فيمتلك هذا الشخص المنشآت التي أقيمت في أرضه بمواد مملوكة له دون حاجة إلى الاستناد إلى قواعد الالتصاق ، ويرجع عليه الباني بدعوى الإثراء بلا سبب .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٩ - ص ٢٥٣ - محمد علي عركة ٢ فقرة ٦٤ - إسماعيل غانم

ص ٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٠ .

وإذا كان صاحب الأرض قد تملك المواد بالالتصاق ، فإن لصاحب المواد أن يرجع على الباني بالتعويض لأنه قد تسبب في أن تضع عليه ملكية مواده . فيرجع بقيمة هذه المواد وقت إقامة المنشآت بها . وبالتعويض عما قد يكون أصابه من ضرر بسبب فقدته للملكية المواد .

١٢١ - معرفة صاحب المواد بصاحب الأرض : إذا تملك صاحب

الأرض المواد بالالتصاق ، فإن ملكية هذه المواد تنتقل من صاحبها إلى صاحب الأرض بسبب من أسباب كسب الملكية هو هذا الالتصاق بالذات . وليس صاحب الأرض في الأصل مسئولاً نحو صاحب المواد، وإنما هو مسئول نحو الباني بالتعويض الذي فصلناه فيما تقدم . ولما كان صاحب الأرض مدينا للباني ، وكان الباني مدينا بدوره لصاحب المواد على الوجه الذي أسلفناه (١) ، فإنه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة باعتباره دائناً لدائنه .

ولكن القانون أعطى لصاحب المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على صاحب الأرض ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ ملغى كما رأينا : « كما له (لصاحب المواد) أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة هذه المنشآت » . ذلك أن الباني إذا كان قد بنى وهو سيء النية ولم يطلب صاحب الأرض الإزالة . فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وإذا كان الباني قد بنى وهو حسن النية . ولم يطلب نزع المنشآت من الأرض . فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . ونرى من ذلك أن صاحب الأرض ، في الحالتين ، إذا تملك المنشآت بالالتصاق ، عليه أن يدفع تعويضاً للباني بمقدار حدده القانون على النحو سالف الذكر . وعلى صاحب الأرض أن يدفع هذا التعويض للباني ، فإذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد قبل الباني ، فقد

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

برئت ذمته من هذا التعويض بمقدار ما دفع . أما إذا أُنذر صاحب المواد صاحب الأرض بما له من حق التعويض في ذمة الباني على النحو الذي قدمناه (١)، فإنه يجب على صاحب الأرض أن يستيق في يده التعويض المستحق للباني قبله أو الباقي من هذا التعويض . ويكون لصاحب المواد الحق في الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة ، بالتعويض المستحق له قبل الباني في حدود التعويض المستحق للباني قبل صاحب الأرض أو بما هو باق في ذمته من هذا التعويض . فإذا دفع صاحب الأرض للباني التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد ، لم يسر هذا الدفع في حق صاحب المواد وكان لهذا الأخير أن يرجع على صاحب الأرض بما هو مستحق له في حدود الباقي في ذمة صاحب الأرض للباني وقت الإنذار . ولصاحب الأرض أن يرجع على الباني بما أجبر على دفعه لصاحب المواد على النحو المتقدم الذكر .

ويبرر إعطاء القانون لصاحب المواد هذه الدعوى المباشرة على صاحب الأرض أن المنفعة التي قدمها صاحب المواد بمواده كانت هي السبب في حق التعويض الذي وجد في ذمة صاحب الأرض للباني . وتقوم الدعوى المباشرة على نص صريح ، يرجع إلى أن الدائن الذي ثبتت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقا في ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها (٢) . وهنا توجد منفعة قدمها صاحب المواد كما سبق القول ، كما يوجد النص الصريح في العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ مدني سالف الذكر .

١٢٢ - عرق الباني بصاحب الأرض : أما علاقة الباني بصاحب

الأرض فواضحة مما قدمناه في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي . فالباني إما أن يكون سيء النية ، أو حسن النية .

فان كان سيء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض . وعند ما يزيل الباني المواد من الأرض ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٦٢ - فقرة ٥٦٣ .

يجوز كما قدمنا (١) أن يستردها صاحبها منه . وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة . تملك المنشآت بالتصاق . ووجب عليه أن يدفع للباني أدنى القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وفي حدود هذا التعويض يستطيع صاحب المواد أن يرجع بدعوى مباشرة على صاحب الأرض لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٢)

وإن كان الباني حسن النية . كان له أن يتزع المواد من الأرض مع إعادة الأرض إلى أصلها . وعندما يتزع الباني المواد من الأرض ، يجوز هنا أيضا كما قدمنا (٣) أن يستردها صاحبها منه . وإذا لم يتزع الباني المواد من الأرض ، تملك صاحب الأرض المنشآت بالتصاق ، على أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وهنا أيضا يستطيع صاحب المواد أن يرجع في حدود هذا التعويض بدعوى مباشرة على صاحب الأرض . لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٤) . ويلاحظ أخيرا أنه إذا كان التزام صاحب الأرض بتعويض الباني على النحو مالف الذكر مرهقا له ، كان له أن يملك الأرض للباني في نظير تعويض عادل طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن (٥) .

المبحث الثالث

التصاق المنقول بالمنقول

١٢٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣١ مدني على ما يأتي :

« إذا التصق منشولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين . قضت المحكمة في الأمر مسترشدة

(١) أنظر آتفا فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر آتفا فقرة ١٢١ .

(٣) أنظر آتفا فقرة ١٢٠ .

(٤) أنظر آتفا فقرة ١٢١ .

(٥) أنظر آتفا فقرة ١٠٤ .

بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٩٢/٦٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٩٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٢٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

: وهذه هي الحالة الثالثة من أحوال الالتصاق . ففي الحالتين الأولين كان الالتصاق بعقار ، وكان إما التصاقاً طبيعياً في الحالة الأولى ، أو التصاقاً صناعياً في الحالة الثانية . أما في هذه الحالة الثالثة ، فالالتصاق هو التصاق منقول بمنقول ، وهو قليل الوقوع في العمل ، وإذا وقع فأهميته محدودة . ولذلك لم يفرد له التقنين المدني إلا نصاً واحداً وكل فيه الأمر للقاضي . وقد اقتنى في ذلك أثر التقنين المدني السابق . ويستوى في هذا الالتصاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) .

(٢) التقنين المدني السابق ٩٢/٦٧ : إذا اختلط أو التصق شيئان من المنقولات كل واحد منهما بملوك لشخص بحيث لا يمكن تفريق أحدهما عن الآخر بدون حصول تلف لهما ، فللمحاكم أن تنظر في ذلك بمقتضى أصول العدالة ، مع مراعاة الضرر الذي يحدث ومراعاة أحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق . (والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٥ : إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث

لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، وكان الالتصاق قضاء وقدرأ ، تملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين العراقي يشترط أن يكون الالتصاق قضاء وقدرأ ، ويقضى حتماً بأن يملك صاحب المنقول الأكبر قيمة المنقول الآخر بقيمته) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أن يكون قد وقع عمداً أو بقوة قاهرة ، كما يستوى أن يكون أحداً للمالكين أو كلاهما حسن النية أو سوء النية . والمهم أن تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول ، فإذا ما توافرت ترتب على ذلك أحكام مرددها جميعاً إلى تقدير القاضي .

١٢٤- شروط التصاق المنقول بالمنقول : يجب توافر شروط أربعة :

أولاً - أن يتم الالتصاق بين منقول ومنقول . أما إذا تم التصاق منقول بعقار ، فقد ميزنا فيما تقدم بين الالتصاق الطبيعي والالتصاق الصناعي ، واستعرضنا صور كل من هاتين الحالتين ، وبسطنا الأحكام المتعلقة بكل من هذه الصور .

ثانياً - أن يكون المنقولان مملوكين للمالكين مختلفين . أما إذا اتحد المالك ، فلا يكون هناك مجال لإعمال أحكام الالتصاق ، إذ يكون المنقولان الملتصقان في حالتهما الجديدة مملوكين لنفس المالك الواحد الذي كان يملك كلا منهما .

ثالثاً - أن يندمج المنقولان أحدهما في الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما . وهذا هو الذي يبرر إعمال قواعد الالتصاق ، لأن المنقولين يصبحان على هذا النحو منقولا واحداً ، فلا بد من تعيين أى من المالكين المختلفين يكون هو المالك لهذا المنقول الجديد . أما إذا أمكن الفصل ، فلا يكون هناك حاجة لإعمال قواعد الالتصاق ، ووجب فصل المنقولين أحدهما عن الآخر وإعطاء كل منقول لصاحبه .

رابعاً - ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين في شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق . وهذا شرط جوهري ، وقد رأينا نظيره في الالتصاق الصناعي بعقار في صورة الثلاث (١) . ذلك أنه إذا وجد اتفاق سابق ، كعقد استصناع مثلاً ، فهذا الاتفاق هو الذي يسرى ، ولا تسرى أحكام الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إلا أن المشروع نبه إلى أمر هام ، هو ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين . وهذا القيد هو الذي يمنع من تطبيق الحكم في العلاقة

(١) أنظر آنفاًقرة ٩٧ .

ما بين المستصنع والصانع . فان الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع ، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع . وهو عقد الاستصناع ، (١) .

١٢٥ - املاص التصاق المنقول بالمنقول : نستبعد أولا من نطاق هذه الأحكام الفرض الذى فيه يملك أحد المالكين المختلفين المنقول الآخر بالحيازة إذا كان حسن النية ، فيتحد المالك فى هذا الفرض . ولا تعود شروط الالتصاق وملها اختلاف المالك متوافرة .

ويبقى إذن الفرض الذى فيه يلتصق المنقولان وهما وقت الالتصاق مملوكان لمالكين مختلفين ، لأن أحدا منهما لم يملك المنقول الآخر بالحيازة . وقد أطل التقنين المدنى الفرنسى فى تفريع أحكام هذه الحالة من الالتصاق ، حتى أنه خصص لهذه المسألة المحدودة الأهمية والنادرة الوقوع ثلاث عشرة مادة (م ٥٦٥ - ٥٧٧ مدنى فرنسى) ، مقتنيا فى ذلك أثر القانون الرومانى الذى كان يعبر المسألة أهمية كبيرة نظرا لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة لم تكن معروفة عنده ، وهذه القاعدة تحول إلى حد بعيد دون تطبيق أحكام الالتصاق كما سبق القول .

أما التقنين المدنى المصرى . القديم والجديد . فلم يعبر المسألة هذه الأهمية الكبيرة ، واكتفى كما قدمنا بنص واحد وكل فيه الأمر للقاضى : بعد أن وضع له توجيهات عامة يسترشد بها .

وأول هذه التوجيهات هو أن يحكم القاضى مسترشدا بقواعد العلالة . فقد يخلط منقولان مختلفا القيمة أحدهما بالآخر ، فقواعد العلالة تقضى بأن يملك صاحب الشئ الأكبر قيمة الشئ الأقل قيمة على أن يدفع قيمة هذا الشئ لصاحبه ، أو أن يملك صاحب الشئ الأصلى الشئ التابع على أن يدفع لصاحبه قيمته . فإذا امتزج السمن بالعسل أو المشروبات الروحية بالماء أو بالصودا ، فظاهر أن صاحب السمن أو صاحب المشروبات الروحية ، وهو مالك الشئ الأكبر قيمة ، يملك العسل أو الماء أو الصودا ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٥ - وانظر بلانيول وريير وبيكار ٢ فقرة

على أن يدفع قيمة هذه الأشياء لأصحابها . وإذا اندمجت قطعة « غيار » في « ماكينة » السيارة . فظاهر أن مالك السيارة . وهو مالك الشيء « الأصل » . يملك قطعة الغيار وهي شيء تابع على أن يدفع قيمتها لصاحبها .

ومن هذه التوجيهات أيضا أن يراعى القاضى الضرر الذى حدث . فأى المالكين يصيبه ضرر أكبر بفقد ملكية منقوله هو الذى يستبقى ملكية هذا المنقول ويملك المنقول الآخر . فإذا خلط شخص قمحا مملوكا له بقمح مملوك لشخص آخر : فأى المالكين يكون أحوج إلى القمح المخلوط يملك قمح الشخص الآخر على أن يدفع له تعويضا عنه .

ومن هذه التوجيهات كذلك أن يراعى القاضى حالة كل من الطرفين من حيث القدرة المالية . فأى المالكين أقوى قدرة على تعويض الطرف الآخر هو الذى يملك المنقولين بعد التصاقهما : على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له .

ومن هذه التوجيهات أخيرا أن يراعى القاضى حسن نية كل من الطرفين . فأى منهما كان حسن النية . وكان قادرا على تعويض الطرف الآخر . هو الذى يملك المنقولين بعد التصاقهما : على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له . وقد يجعل القاضى المنقولين ملكا للمالك « نية النية » الذى تعمد خلط أحدهما بالآخر . إذا كان من شأن هذا الخلط أن ينقص من قيمتهما . ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقوله بقيمته كاملة قبل أن تنتقص بالخلط . وقد يرى القاضى أن العدالة تقضى بتملك صاحب الشيء غير الأصلى الشيء « الأصل » : نظرا لسوء نية صاحب هذا الشيء الأخير .

وقد لا يرى القاضى مرجحا لجعل الملكية لأحدهما المالكين . فيجعل المنقول الذى نتج من التصاق المنقولين أحدهما بالآخر مملوكا على الشيوع لهما معا . كل بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه . ففى القمح المخلوط : قد يرى القاضى أن يجعله شركة بين المالكين بالنسبة التى تقدم ذكرها . وقد يرى أن يباع : ويقسم ثمنه بينهما بنفس النسبة .

ويميز القانون الفرنسي في هذا الصدد بين الضم (adjonction) .
والخلط أو المزج (mélange ou confusion) ، والتحويل (spécification) .
فالضم اتحاد منقولين مع إمكان تمييز كل منهما عن الآخر ، فيملك صاحب
المنقول الأصلي أو المنقول الأكبر قيمة المنقولين معاً . على أن يعرض صاحب
المنقول الآخر . فوضع قطعة من الماس (solitaire) في خاتم من ذهب
يجعل صاحب الماس هو المالك على أن يعرض صاحب الذهب ، وذلك
بشرط أن يكون من المتعذر فصل المنقولين أحدهما عن الآخر دون تلف .
والخلط أو المزج هو خلط منقولين أحدهما بالآخر بحيث لا يمكن تمييز
أى منهما ، كخلط غلال مملوكة لشخص بغلال مملوكة لشخص آخر ،
أو مزج نبيذين مملوكين للمالكين مختلفين . والأصل أن يكون المنقول الجديد
مملوكاً على الشيوخ للمالكين معاً ، فيباع ويقسم ثمنه عليها كل بنسبة قيمة
المنقول الذى كان يملكه . ولكن إذا كان أحد المنقولين أكبر قيمة من
الآخر ، ملك صاحبه المنقول الجديد ، وعرض صاحب المنقول الآخر .
والتحويل هو صنع شخص لشيء جديد من مادة مملوكة لآخر ، فصاحب
المادة هو الذى يملك فى الأصل الشيء الجديد على أن يعرض الشخص الآخر
النفقات التى تكلفها وأجر عمله . ويشترط فى ذلك أن تكون قيمة المادة
أكبر من قيمة العمل . فمن خاط قماشاً أو صنع طقمًا من « الأوبيسون » ،
كان عمله فى الغالب أقل قيمة من القماش الذى خاطه أو « الأوبيسون »
الذى صنع منه طقمًا . فيملك صاحب القماش أو صاحب « الأوبيسون »
القماش بعد خياطته أو « الأوبيسون » بعد صناعته طقمًا ، على أن يعرض
الصانع عن عمله . أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المادة ، فإن
الصانع يملك الشيء المصنوع . على أن يعرض صاحب المادة . فمن صنع تمثالاً
من رخام أو نبيذاً من عنب ، ملك التمثال أو النبيذ ، وعرض صاحب الرخام أو
العنب . ويشترط فى كل ذلك بداهة ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين ؛
فإن وجد اتفاق كعقد استصناع فإن الاتفاق هو الذى يسرى كما سبق القول .
وهذه الأحكام لا يوجد ما يمنع من تطبيقها فى مصر ، إذا وجد القاضى
أنها تنفق مع قواعد العدالة التى يجب أن يسر شديداً فى هذا الصدد كما قدمنا .

الفصل الثاني

العقد

(Contrat)

١٢٦ — كسب الملكية بالعقد — نص قانوني : تنص المادة ٩٣٢ مدني على ما يأتي :

« تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، في المنقول والعقار ، بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الملكية : في المنقول والعقار على السواء ، تنتقل بالعقد ، على أن يرد العقد على عين معينة بالذات مملوكة للمتصرف .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٧/٤٥ : تنتقل الملكية في الأموال ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد حصول العقد المتضمن التملك ، متى كان المال مملوكاً للمالك .
(والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٤ (مطابق فيما يتعلق بالمنقول فقط) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٦ : ١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار .

٢ - والعقد الناقل للملكية عقار لا ينقذ إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً . (وبوجود في القانون المراق نظام السجل الميني « الطابو » ، فلكية العقار لا تنتقل إلا بتسجيل العقد في الطابو) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لمقابل : ويوجد في القانون اللبناني أيضاً ، كما يوجد في القانون السوري ، نظام السجل الميني (السجل العقاري) . أنظر فيما يتعلق بتقل ملكية العقار في القانون اللبناني وضرورة القيد في دفتر الملكية (السجل العقاري) المادتين ١٠ و ١١ من القرار رقم ١٨٨ المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري .

ونقل الملكية في المنقول بالعقد ظاهر . وإذا كانت الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل : فان معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل . ولكن الذي ينقل الملكية ، حتى في العقار ، هو العقد لا التسجيل . ذلك أن التسجيل لا ينقل بذاته الملكية إلا في نظام السجل العيني ، وهذا النظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم وإن كان قد صدر به قانون كما سيجيء . وحتى لو قلنا مع الرأي الراجح إن الملكية في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل ، فان ذلك لا يمنع من أن الذي نقل الملكية هو العقد ، ولكن يترأخى أثره في نقل الملكية إلى وقت التسجيل (١) . والصحيح في نظرنا أن العقد المسجل ينقل الملكية في العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل ، ولا ينفذ نقل الملكية في حق الغير إلا من وقت التسجيل . وقد بسطنا رأينا هذا في تفصيل واف عند الكلام في البيع (٢) .

ويحيل النص في انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدني ، وهي تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق : إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . فنقل الملكية إذن يسبقه التزام بنقل الملكية ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل في العقار ، فتنقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الالتزام (٣) . وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها . والعقود المسماة المكسبة للملكية هي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض ، وأهم هذه العقود جميعاً هو عقد البيع . والعقود المسماة التي تكشف عن كسب الملكية هي الصلح والقسمة .

(١) قارن محمد علي عروة ٢ فقرة ١٦٣ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ .

(٣) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٦ - وانظر في التطور التاريخي لبيع كمقد نقل للملكية ، وفي أنه لم يكن في القانون الروماني يرتب في فئة البائع التزاماً بنقل الملكية : الوسيط ٤ فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ - وانظر أيضاً في تحليل معنى نقل الملكية ، وفي أنه يجب التمييز الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً : الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٩ - وفي الاتفاق على تأجيل نقل الملكية حتى استيفاء الثمن : الوسيط ٤ فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ .

١٢٧ - كسب الملكية بالعقد في المنقول - نص قانوني : فاذا كان

الشيء الذي يرد عليه العقد منقولاً ، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا بنوعه .

ففي الشيء المعين بالذات ، يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الالتزام . فاذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمته ثم تنفيذه بمجرد نشوئه . فتنقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه (١) .

وفي الشيء المعين بنوعه ، تنص المادة ٩٣٣ مدني على ما يأتي :
« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » (٢) .

والمادة ٢٠٥ مدني التي تشير إليها المادة ٩٣٣ مدني سالفة الذكر تنص على أنه « ١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ،

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ٤١٧ و ٤ فقرة ٢٤١ - فقرة ٢٤٤ .
وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « تنتقل الملكية بالعقد في المنقول المعين بالذات ، ولا حاجة للتسليم . فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر ، انتقلت ملكيتها إلى المشتري قبل التسليم . ولو باعها مرة ثانية إلى مشتري آخر ، كانت الملكية للمشتري الأول ، ولكن لو سلمها البائع للمشتري الثاني انتقلت الملكية من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالحيازة لا بالعقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابقتين عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٢٢٨/٢٦٨ : لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . (والتقنين المدني السابق يجعل انتقال الملكية بالتسليم ، والصحيح أن انتقال الملكية يكون بالإفراز ، وإن كان الإفراز يتم عادة عند التسليم) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

فلا ينقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه .
 جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . بعد استئذان
 القاضي ، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال . كما يجوز له أن يطلب
 بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض . فيتم
 انتقال الملكية في المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه بالإفراز . ولو قبل التسليم .
 فلو أن شخصاً باع إلى شخص آخر عشرين أردباً من القمح . لم تنتقل الملكية
 إلى المشتري بمجرد البيع . ويجب إفراز كمية من القمح معادلة للمقدار
 المحدد في عقد البيع بقصد تسليمها إلى المشتري . ومن ثم يصبح المبيع شيئاً
 معيناً بالذات ، فتنتقل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم (١) .

١٢٨ - كسب الملكية بالعقد في العقار - وجوب الشهر - نص قانوني

تنص المادة ٩٣٤ ملغى على ما يأتي :

- ١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى .
 سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير . إلا إذا روعيت
 الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري .
 ٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات
 التي يجب شهرها . سواء أكانت ناقلات للملكية أم غير ناقلات . ويقرر الأحكام
 المتعلقة بهذا الشهر (٢) .

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة ، وفي كيف يكون التنفيذ إذا امتنع البائع عن الإفراز ،
 وفي نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : الوسيط ٢ فقرة ٤١٩ - فقرة ٤٢٣ -
 فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٨ . وانظر في أن كسب الملكية في المنقول المعين بنوعه هو سبب
 مركب من العقد وهو تصرف قانوني ومن الإفراز وهو واقعة مادية : حسن كيرة ص ٨ -
 والعقد مصحوباً بالإفراز هو الذي ينقل الملكية في المنقول المعين بالنوع ، كما أن العقد مصحوباً
 بالتسجيل هو الذي ينقل الملكية في العقار .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه
 الآتي : « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى . سواء أكان ذلك
 فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير . إلا إذا روعيت أحكام التسجيل المبينة في المواد
 الآتية . » وقد أورد المشروع التمهيدى في المواد ١٣٧٠ إلى ١٣٨١ الأحكام الموضوعية الخاصة
 بالشهر العقاري . على أساس أن مكانها المناسب هو اثنين المدفوع . وورد في المذكرة الإيضاحية
 للمشروع التمهيدى . - وضع التسجيل في هذا المكان إذ هو مكانه الحقيقي ، فإنه يشترط أن ينقل -

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص :
« أما في العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين

المقد الملكية أن يسجل ، وبذلك اندمج قانون التسجيل في التقنين المدني بعد أن كان منفصلاً عنه : على أن هذا الاندماج محل للنظر ، فقد يحسن إبقاء قانون التسجيل منفصلاً حتى يتم إنشاء السجل العقاري » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٦ هامش ١) . وقبل نظر لجنة المراجعة للمشروع التمهيدي للتقنين المدني ألفت لجنة لنظر مشروع قانون الشهر العقاري ، فرأت أن تضمن هذا المشروع الأخير جميع الأحكام الخاصة بالشهر من موضوعية وشكلية وتنظيمية . ولذلك نقلت الأحكام الموضوعية الواردة في المشروع التمهيدي للتقنين المدني إلى قانون تنظيم الشهر العقاري ، وصدر هذا القانون فعلاً وعمل به قبل العمل بالتقنين المدني الجديد . ولما عرضت المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدي على لجنة المراجعة ، وافقت عليها تحت رقم ١٠٠٦ في المشروع النهائي ، بعد تعديلها على الوجه الآتي : « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون الشهر المعلق بذلك » . وفي مجلس النواب أضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص تحت رقم ١٠٠٣ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً ضئيلاً . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٣٤ . بعد استبدال عبارة « قانون تنظيم الشهر العقاري » بعبارة « قانون الشهر المعلق بذلك » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٠ - ص ٣٤٢) . وقارن الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ : حيث ورد خطأ أن اللجنة التشريعية مجلس النواب هي التي رأت جعل نظام الشهر العقاري في قانون خاص منفصل عن التقنين المدني ، والصحيح أن لجنة المراجعة هي التي رأت ذلك قبل اللجنة التشريعية مجلس النواب .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن قانون التسجيل كان معمولاً به منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وقانون تنظيم الشهر العقاري منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٩٦ :

١ - يكتسب حق تسجيل الحقوق الفعلية العقارية بمفعول العقود . ٢ - وتطبق الأحكام الخاصة بالبيع والهبة على المقاربات الأميرية وعلى حقوق العينية النائدة لهذه المقاربات . م ٨٩٧ : إن الالتزام بإعطاء العقار يتضمن الالتزام بنقل ملكيته في السجل العقاري ، وبصيانته حتى هذا النقل ، تحت طائلة دفع المثل والضرر لدائن .

م ٨٩٨ : إن الالتزام بنقل ملكية العقار في السجل العقاري خاضع لأحكام البيع والامتيازات والتأمينات ، وكذلك للنصوص المتعلقة بالسجل العقاري . (وهذا النص يتفق مع أحكام السجل العيني وهو النظام المعمول به في سورية) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٧ : التمسك بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض =

المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد (١) . والمقصود أن الملكية تنتقل . حتى في العقار . بالعقد . ومتى تم تسجيل العقد فإنها تنتقل من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، على أن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت التسجيل (٢) .

ويحمل النص سالف الذكر ، في انتقال ملكية العقار ، إلى قانون تنظيم الشهر العقاري ، وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام القضائية والسندات التي يجب شهرها ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

وقد عرضنا ، عند الكلام في البيع ، إلى نظام الشهر العقاري في مصر . وبيننا أن هناك نظامين للشهر ، نظام الشهر الشخصي وهو المعمول به حتى اليوم ، ونظام السجل العيني وقد صدر به أخيراً القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ولكن لم يعمل بهذا القانون حتى الآن . وقارنا بين النظامين ، فرأينا أن نظام السجل العيني يعلو كثيراً على نظام الشهر الشخصي (٣) .

إذا أحل أحد الطرفين بتمهده ، سواء اشترط التمريض في التمهد أو لم يشترط . (وهذا النص يتفق مع نظام السجل العيني « الطابو » وهو النظام المعمول به في العراق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠٤ : يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدما في السجل العقاري . وهذا ذلك فإن حقوق الملكية وحقوق التصرف تكتسب أيضاً بالإلحاق وفقاً لأحكام الفصل الثاني من هذا الباب . وكل من يكتسب عقاراً بالإرث أو بترزع الملكية أو بحكم . فهو هناك قبل التسجيل ، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل . م ٢٠٥ : إن مفاعيل القيود معنية بأحكام المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ المتعلق بالسجل العقاري - م ١١ من القرار رقم ١٨٨ (المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري) : إن الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمى إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا اعتباراً من تاريخ قيدما . ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعواهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم . وتطبق هذه الأحكام خاصة على الصكوك والاتفاقات العقارية والوقفية والجميع وتجزئة الأوقاف التي تنظم أو تصدق من قبل كتاب العدل والمحاكم الشرعية . (وهذه نصوص تتفق مع نظام السجل العيني أو العقاري وهو النظام المعمول به في لبنان) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢٦ - وانظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٨ .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٢٥٠ .

واستعرضنا المراحل الأربع التي مر بها في مصر انتقال الملكية في العقار حتى صدور قانون بتنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ (١) .

في المرحلة الأولى ، وهي المرحلة السابقة على التقنين المدني القديم ، لم يوجد نظام لشهر انتقال الملكية في العقار . إذ كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد وهي لا تعرف نظام الشهر ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاما للشهر . وقد خفف من عيوب عدم وجود نظام للشهر وجود نظام آخر هو نظام المكلفات الإدارية ، وهو نظام إدارى وضع لجبي الضرائب العقارية ، ويقضى بتحرير التصرف في حجة شرعية وتسجيله في سجل خاص بكل مديرية ، وذلك لإثبات كل تغيير في شخص المتزم بالضريبة العقارية في هذه السجلات أو المكلفات . فكان هذا النظام ، الذى وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية . إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضى (٢) .

وفي المرحلة الثانية ، وهي المرحلة التي بدأت بصدور التقنين المدني القديم ، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ . ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني القديم معمولا بها في حالة المحررات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سيأتى ذكره . ويقضى التقنين المدني القديم بوجه عام بأن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل فيما بين المتعاقدين

(١) وقد ذكرنا في الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٢٤٩) أننا نستعرض تطور نظام الشهر العقاري في كثير من الإيجاز ، على أن تفصل القول فيه عند الكلام في أسباب كسب الملكية . ولكتنا رأينا بعد ذلك أن الاستعراض التاريخي الذى أوردناه في الجزء الرابع يكفى للوفاء بالحاجة ، فاقصرنا هنا على مجرد الإشارة إليه إذ لا يتسع المقام لأكثر من ذلك . وآثرنا أن نركز البحث في الكلام في قانون تنظيم الشهر العقاري وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر ، مقارنة إياه بقانون السجل العيني وهو القانون الذى صدر أخيراً ولم يبدأ العمل به حتى اليوم .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٣ .

بالعقد دون حاجة إلى تسجيل ، وبأنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل العقود التي هي مصدر لها . وأهم عيوب هذا النظام أنه كان نظاما شخصيا ، يتم الشهر فيه وفقا لأسماء الأشخاص ، ويتوزع بين جهات ثلاث : المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ولم تكن له حجة كاملة كالحجة التي تقترن بنظام السجل العيني ، فليس الشهر إلا تسجيلا للعقد كما هو على علته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب ، فلا يصحح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا . ولم يكن التسجيل ضروريا لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين ، وحتى بالنسبة إلى الغير كان النظام يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر ، كالمراث والتوصية والوقف والتصرفات انكاشفة عن الحقوق العينية كالصلح والقسمة (١) .

وفي المرحلة الثالثة ، وهي المرحلة التي بدأت بصدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، بقيت نصوص هذا القانون معمولا بها في شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بقانون تنظيم الشهر العقاري الذي سيأتي ذكره . وقد عالج هذا القانون بعض وجوه النقص في نظام الشهر السابق عليه . فجعل التسجيل لازما في نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضا فيما بين المتعاقدين . وأضاف إلى منطقة التسجيل العقود والأحكام انكاشفة عن الحقوق العينية كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير . وتناول دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها . وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب . ولكن قانون التسجيل لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيرا من عيوب نظام الشهر السابق عليه . فبقى النظام نظاما شخصيا وفقا للأسماء لا تبعا للعقار ، وبقى لا حجة له في ذاته إذ العقد يشهر على علته ، وبقيت جهات الشهر متعددة ، واقتصر التسجيل على العقود فيما بين الأحياء فلم يخضع له الميراث والتوصية والوقف (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٧ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

وفي المرحلة الرابعة ، وهي المرحلة التي بدأت بصدور قانون تنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ ، لا تزال نصوص هذا القانون معمولاً بها حتى الآن ، ويخضع لها جميع المحررات الصادرة منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وإذ تقرر إلغاء الامتيازات الأجنبية في سنة ١٩٤٩ ، ودخلت مصر في مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ ، فقد تهيأ الجو لتوحيد جهات الشهر . وقد وحدها قانون الشهر العقاري فعلاً في جهة واحدة ، هي مكاتب الشهر العقاري ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم ، تحت إشراف مكتب رئيسي عام . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه ، وكان ذلك خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العيني . وقد ضم قانون الشهر العقاري نظام تسجيل الحقوق العينية الأصلية ونظام قيد الحقوق العينية التبعية في صعيد واحد ، فأصلح عيها وقع فيه قانون التسجيل ، إذ فصل هذا القانون نظام التسجيل عن نظام القيد الذي بقي خاضعاً لنظام التقنين المدني القديم . واستقصى قانون الشهر العقاري المحررات الواجبة إخضاعها للشهر . فلم يترك ثغرات كذلك التي تركها قانون التسجيل ، وخضع للشهر الميراث والوصية والوقف ودعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية كذلك خضع للشهر القرارات الإدارية النافذة للملك ، كمراسم نزع الملكية للمنفعة العامة ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وقرارات ردم البرك والمستنقعات والإذن بأحياء الأرض الموات . وحافظ قانون الشهر العقاري على وجوه الإصلاح التي حققها قانون التسجيل ، فجعل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق العيني لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وأخضع للتسجيل العقود الكاشفة ، وفرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات بل إنه قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل . على أن هناك عيبين جوهريين باقين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته . وما كان قانون تنظيم الشهر

العقارى يستطيع معالجة هذين العيين ، فان العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العيى (١) .

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بإدخال نظام السجل العيى . ولكن هذا النظام ، بالرغم من صدور قانون به ، لم يعمل به حتى اليوم . ذلك أن المادة ٢ من قانون إصداره تنص على ما يأتى : « ١ - يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العيى . ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لا حقا لصدور القرار مدة ستة أشهر على الأقل . ٢ - ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العيى فيها طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ولما كان لم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيى ، فانه لا يمكن القول إن هذا النظام قد أدخل فعلا فى مصر . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون الإصدار ، كما رأينا ، بأنه حتى يصدر قرار من وزير العدل بتعيين أقسام مساحية لإدخالها فى نظام السجل العيى يبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمولاً به فى كل قسم لم يدخل فى هذا النظام . ومعنى ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد دون استثناء . وتنص المادة ٣ من قانون الإصدار على أنه « فى الفترة المشار إليها فى المادة السابقة تستكمل المصلحة إعداد السجل العيى للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق » . فى الفترة التى يجب أن تفصل ما بين صدور القرار الوزارى بإدخال قسم مساحى فى نظام السجل العيى وإدخال هذا النظام فعلا فيه . تستكمل مصلحة الشهر العقارى إعداد القسم المساحى الذى صدر به القرار الوزارى ليكون

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٥ . وانظر فى أن المقدم المسجل يرتب جميع الآثار التى يرثها المقدم غير المسجل . وفى أنه يزيد عليه فى أنه ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٧٩ - وفى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وهل لتسجيل أثر رجعى : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ - وفى نقل الملكية بالنسبة إلى الغير وهل يشترط حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده أولا : الوسيط فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

صالحاً لنظام السجل العيني . ويظهر أنه لا يوجد حتى الآن قسم مساحي في مصر يمكن إعداد نظام السجل العيني ، لعدم توافر الإمكانيات المالية والمادية . وتنص المادة ٤ من قانون الإصدار على أنه « يصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل » . ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بهذه اللائحة التنفيذية (١) .

ولما كان قانون تنظيم الشهر العقاري هو كما قدمنا القانون المعمول به حتى الآن في جميع أنحاء البلاد ، ويقدر أن يبقى معمولاً به زمناً طويلاً حتى

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني في تقدير هذا النظام : « ويعتبر السجل العيني ثورة في نظام الشهر ، إذ يترتب على تطبيقه تغيير جذري في أنظمة التسجيل القائمة . ومن هنا فإن هذا النظام كان أمية ينشدها كل مشتغل بالقانون أو بأنظمة التسجيل . وضمت هذه الأمية تراوهم مدة ستين عاماً منذ انعقدت أول لجنة في سنة ١٩٠٤ لتعديل نظام التسجيل في مصر . وكانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشدة الحكومات المختلفة قبل الثورة العمل على تطبيقه ، إلى أن قدر له أن يرى النور أخيراً على يد حكومة الثورة بعد هذه الأحقاب الطويلة » !

وينقسم قانون السجل العيني إلى أبواب ستة : (١) الباب الأول في أحكام عامة ، تعرف السجل العيني وتنظم مكتبه ومأمورياته ، وتخصص سجلاً عينياً لكل قسم مساحي ، وتقرر في هذا السجل صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، وتقرر أن الرسوم تخضع للقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري . (٢) الباب الثاني ، ويقرر القواعد التي تتبع في إثبات الحقوق في صحائف السجل لأول مرة ، ويشكل لجنة قضائية في كل قسم مساحي تنظر في الدعاوى والطلبات التي ترفع في خلال السنة الأولى بعد العمل بالقانون لإجراء تغيير في بيانات السجل العيني . (٣) الباب الثالث ، ويبين التصرفات والحقوق الواجب قيدها في السجل ، ويقرر أن لسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ويورد إجراءات التغيير والصحيح في بيانات السجل ، ويرسم الإجراءات الواجبة الاتباع للقيد في السجل . (٤) الأبواب الرابع والخامس والسادس : يقرر الباب الرابع تسليم كل مالك « سند الملكية » . وتسليم غير الملاك من ذوي الشأن بناء على طلبهم شهادات بها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . ويجعل الباب الخامس علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة ، ويوجب الإخطار برخص البناء والهدم ويربط الموائد المستمدة ، كما يوجب على السلطات المختصة أن تقدم البيانات والأوراق المطلوبة . ويفرض الباب السادس عقوبة الحبس والغرامة إلى خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين على من يتوصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للتغير مع علمه بذلك ، كما يعاقب بغرامة من جنيه إلى عشرة جنيهات على عدم الإخطار برخص البناء والهدم ويربط الموائد المستجدة أو عدم تقديم السلطات المختصة للبيانات والأوراق المطلوبة .

يتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجياً وعلى فترات متعاقبة بالقدر المستطاع^(١) ، فالتأني في بحث قانون تنظيم الشهر العقاري^(٢) ، مقارنين إياه بقانون السجل العيني حتى تتبين أهم الفروق ما بين القانونين^(٣) . ونقسم الكلام في ذلك على مبحثين : (١) المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر . (٢) إجراءات الشهر .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « وجدير بالذكر أن نظام السجل العيني لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية ، بل سيجرى تطبيقه تباعاً في كل منطقة من المناطق التي يتم مسحها . فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة ، أمكن تطبيق هذا النظام عليها . وسوف يراعى قبل إجراء القيد الأول في السجل فحص المستندات فحصاً دقيقاً ، ومناقشة أصحاب الحقوق ، وإجراء النشر اللازم في الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام ، وتمكين ذوي الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية . وبذلك لا يقيد في السجل إلا صاحب الحق » .

(٢) وهناك مشروع لقانون تنظيم الشهر العقاري والتوثيق أعدته وزارة العدل ليحل محل قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ولقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق . وقد استهدف هذا المشروع بوجه خاص : (أ) معالجة العيوب التي أسفر عنها التطبيق العمل لهذين القانونين واستكمال أوجه النقص قبيهم . (ب) وضع القواعد الكفيلة بحماية صفات الملاك وبإمكان حصر الملكيات والتشجيع على شهر المحررات المرفية . (ج) تبسيط الإجراءات . (د) إقرار ما كانت مصلحة الشهر التوثيق والتوثيق تقوم به من إجراءات اقتضتها الضرورة العملية إقراراً تشريعياً . (هـ) تنسيق أحكام قانون الشهر العقاري بما يتلاءم مع أحكام قانون السجل العيني ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العيني .

وستتناول في الحاشية أهم الأحكام التي جاء بها هذا المشروع معديلاً لأحكام قانون الشهر العقاري ، وذلك في المواضع التي يمدل فيها المشروع أحكام هذا القانون .

(٢) وتلخص المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني مزايا نظام السجل العيني إذا تم إدخاله في مصر ، وهي التي تمثل أهم الفروق ما بين القانونين ، فيما يأتي : « ١ - تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على المقاروفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان مثلاً للحقيقة وحقاً من أي عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة Force probante للقيد في السجل العيني . ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مفيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كمالك للمقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضي أن يؤثر بالدعوى التي ترفع عند البيانات المدرجة في السجل لحماية رافقها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه - ٢ - حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، ومواجهة -

المهررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر

شهرها . وفقا لقانون الشهر العقارى ، فيما يأتى :

ومن البلاد التي أخذت بنظام السجل العيني أستراليا (نظام تورنس) وألمانيا وسويسرا والنمسا والسويد وأسبانيا والبرتغال وانجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا والعراق وسورية ولبنان وتونس ومدغشقر والكنجو والسنغال. ولكن لا يزال كثير من البلاد المتقدمة ، ومنها فرنسا وبلجيكا وهولندا وإيطاليا ، يأخذ بنظام الشهر الشخصي ، إذ لم تستطع هذه البلاد حتى الآن تذليل الصعوبات التي يقتضي تذليلها إدخال نظام السجل العيني . وهذه هي بعض خصائص نظم السجل العيني في البلاد المختلفة التي أخذت بهذه النظم ، وهي تختلف من بلد إلى آخر :

النظام الاسترالى (تورنس) : يطبق هذا النظام مبدأ القوة المطلقة للقيد بشدة أكثر مما يطبقه به أى نظام آخر . فالنظام الألماني مثلاً يستثنى من هذا المبدأ حالة النير سىء النية ، ولكن القوانينى الاسترالية تمنع ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى النير ، جميع دعاوى الطعن فى حق الملكية الثابتة بالشهادة السنية ، سواء كانت دعاوى إلغاء أو رجوع أو فسخ ، ولا تستثنى إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى : (١) دعوى الطعن فى صحة القيد الذى تم بطريق الفسخ ، متى =

أولاً - التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية لحق عيى عقارى أصل ،
والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك (م ٩ من قانون الشهر العقارى) .

== رفعت الدعوى ضد الشخص الذى تم لصالحه سعيد . (٢) دعوى تصحيح الخطأ فى التحديد .
(٣) الدعوى المرفوعة من يحمل شهادة سندية سابقة لها نفس المنزلة . وقوما عدا ذلك تكون الشهادة السندية التى يسند المسجل نظام بمنأى عن أى طعن ، وهى فى ضمان الدولة . فإذا فرض أن صدر شهادة سندية لشخص بدون وجه حق ، فلذلك أن يرفع دعوى تعويض على الدولة . ونواجهة هذه الدعاوى أنشأ القانون الأسترالى صئوقاً للتأمين ، يمول بواسطة رسم نسب قدره نصف بنس لكل جنيه ($\frac{1}{10} \%$) من قيمة كل عقار يقيد . وقانون الملكية المقاربية الأسترالى (نظام تورنس) هو من أحسن القوانين الحاصرة التى تن بالمطالب النظرية والعلمية لنظام متقن للشهر ، ويدل على تفوقه تطبيقه فى عدد كبير من الدول ، منها إنجلترا ومكنا وسنغافورة والبرازيل وتونس وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا .

القانون الألمانى : تنتقل ملكية المقار فى هذا القانون باتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه (م ٨٧٣ مدق ألمانى) ، ويستلزم ذلك حضور الطرفين أمام المكتب العقارى للتعبير عن إرادتين متقابلتين ، إحداهما بالتصرف فى الحق والأخرى بكسب الحق . وأمين المكتب ، وهو قاض يختار من بين قضاة المحكمة الابتدائية ولقراراته خصائص أحكام محكمة الدرجة الأولى ، هو الذى يعطى السند المتضمن هذا الاتفاق . ثم يتكفل بعد ذلك بتنفاذه ، بالإشراف على قيده فى السجلات العامة . والتصرف الذى لا يتم على هذه الصورة يكون باطلاً ، ولا أثر له . وتقضى المادة ٩٢٧ مدق ألمانى بأن المقار الذى يبق مدة ثلاثين سنة فى حيازة الغير ، يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى . وإذا كان المالك مقيداً فى السجل ، فإن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان قد توفى أو كان غائباً . ولم يجر أى قيد بموافقة فى السجل منذ ثلاثين سنة .

القانون السويسرى : يقضى القانون السويسرى بأن كل من يكسب الملكية أو أى حق عيى آخر بحسن نية استناداً إلى قيد فى السجل العيى ، يبق حقه قائماً . ولكن إذا تم قيد الحق دون مسوغ ، بأن أجرى دون وجه حق أو بموجب تصرف قانونى غير ملزم ، جاز لمن أضر القيد بحقه أن يدعى مباشرة ضد الغير سئء النية بعدم صحة القيد . ويجيز القانون السويسرى كسب ملكية المقار بالتقادم فى حالات ثلاث : (١) إذا قيد شخص فى السجل كمالك للمقار ، وكان ذلك القيد قد تم بدون سبب مشروع . ويشترط فى هذه الحالة أن يستمر الشخص واضحاً يده على المقار بحسن نية ويهدوء ودون انقطاع لمدة عشر سنوات . (٢) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار مدة ثلاثين سنة . يهدوء ودون انقطاع ، بشرط أن يطلب قيده باسمه كمالك . (٣) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار غير ميين ماله فى السجل ولكنه توفى أو أعلن غيابه ، على أن يستمر واضحاً يده ثلاثين سنة . ويشترط فى هذه الحالة تمام قيد المقار باسم واضح اليد صدور أمر من القاضى ، وعدم حصول اعتراض على ذلك فى خلال المدة التى تحددها المحكمة أو رفض الاعتراضات التى قدمت .

ثانياً - التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عيني أصلي (م ١٠ من قانون الشهر العقاري) .

ثالثاً - حق الإرث ومصدره واقعة مادية هي وفاة المورث ، والمحركات المثبتة لدين عادي على المورث (م ١٣ - ١٤ من قانون الشهر العقاري) .

رابعاً - دعاوى الطعن في التصرف واجب الشهر ودعاوى استحقاق حق عيني عقاري أصلي ودعاوى صحة التعاقد (م ١٥ - ١٨ من قانون الشهر العقاري) .

خامساً - التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية (م ١٢ وم ١٩ من قانون الشهر العقاري) .

سادساً - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية : الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالفات والحوالات بأكثر من أجره ثلاث سنوات مقدما (م ١١ من قانون الشهر العقاري) .
ونستبعد من بحثنا هذا :

أولاً - حق الإرث والمحركات المثبتة لدين على المورث ، فقد سبق أن بحثنا شهر حق الإرث وفقاً لقانون الشهر العقاري (١) . ووفقاً لقانون السجل العيني (٢) . كما بحثنا شهر الديون التي على المورث (٣) .

القانون السوري : أورد المشرع السوري استثناءات على القوة المطلقة للقيد :
(١) لا يجوز للنير الذي يكسب حقاً على العقار أن يحتج بالقيد ، إذا كان وقت كسبه الحق طاملاً بأسباب فساد التصرف أو بطلانه . (٢) لصاحب الحق الحقيقي المتضرر أن يرفع دعوى تموضر ضد الشخص الذي قيد العقار باسمه وكان عايداً بأنه لاحق له فيه . (٣) إذا أجرى القيد نتيجة خطأ أو إهمال من الموظفين المختصين ، جاز لمن أصابه ضرر بسبب ذلك أن يرفع دعوى تمويض ضد الدولة وفقاً لقواعد المسؤولية الإدارية - ولا يسرى التقادم المكسب في مواجهة المالك المقيّد حقه في السجل .

القانون العراقي : يجوز الحكم بخلاف مضمون سند الطابو إذا ثبتت دعوى لاستحقاق ، فيصدر حكم بإبطال سند الطابو الذي بيد المدعي عليه وتصحيح قيد الطابو باسم المستحق وإعطائه سنداً جديداً . والأصل أن التقادم لا يسرى في مواجهة المالك المقيّد ، ومع ذلك يجوز لواضع اليد على العقار أن يكسب ملكيته بطريق التقادم إذا تمكن من قيده باسمه وكان يستند في وضع يده إلى سبب صحيح كالإرث والوصية والبيع ، على أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من تاريخ القيد .

(١) أنظر آتفاقرة ٦٨ - فقرة ٧٠ .

(٢) أنظر آتفاقرة ٧١ .

(٣) أنظر آتفاقرة ٢٤ - فقرة ٢٩ .

ثانيا - التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية ، إذ أن بحثها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط .

ثالثا - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية ، أى الإيجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، فهذه قد سبق بحثها عند الكلام في عقد الإيجار في الجزء السادس من الوسيط .

ويبقى إذن للبحث هنا :

أولا - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله .

ثانيا - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني أصلى .

ثالثا - الدعاوى الخاصة للشهر .

المطلب الأول

التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصلى أو نقله

أو تغييره أو زواله

§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٠ - العقود الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على أن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ^(١) . ويخضع هذا النص للتسجيل ، لا العقود فحسب ، بل أيضا التصرفات الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية .

فالعقود الواجبة التسجيل بموجب هذا تنص هى :

(١) بنى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتولىق (م ٧ / ١ من المشروع) .

ويطبق النص فى قانون السجل العيني المادة ٢٦ / ١ من هذا القانون .

(١) العقود المنشئة لحق عيني عقارى أصلى . مثل ذلك عقد ينشئ . حق انتفاع أو حق استعمال على عقار . أو حق سكنى . أو حق ارتفاق . أو حق حكر . أما حق الملكية فلا ينشئ العقد . لأن الإنشاء معناه الإيجاد . والملكية لا توجد ابتداء إلا بالاستيلاء . والاستيلاء ليس بعقد ولا هو يتصرف قانونى . وإنما هو واقعة مختلطة . اختلطت فيه الحيازة المادية وهى عنصر مادى بارادة المستولى فى أن يتملك فى الحال وهى عنصر ارادى . ولكن العنصر المادى هو المتغلب . ومن ثم الحق الاستيلاء بانواعه المادية (١) . وعلى ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفا قانونيا . ولا يكون واجب التسجيل .

(٢) العقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلى . وعلى رأس هذه الحقوق العينية العقارية الأصلية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار . وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع . ومن ثم كان عقد بيع العقار هو الذى يؤخذ عادة نموذجا للعقود واجبة التسجيل . وما يسرى عليه فى هذا الشأن يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية وللحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى . ومن العقود الناقلة لحق الملكية فى العقار . إلى جانب البيع . ومن ثم يجب تسجيلها . المقايضة فى العقار . والوفاء بتقابل إذا كان هذا المقابل عقارا . وهبة العقار . والشركة إذا قدم الشريك عقارا حصة له فى الشركة . وقد ينقل العقد حقا عينيا عقاريا أصليا آخر غير حق الملكية . فيجب تسجيله . من ذلك أن يبيع المنتفع حق انتفاعه فى العقار . أو يهب هذا الحق . أو يقدمه حصة فى شركة . أو يقدمه مقابلا لوفاء دين . وما يقال عن حق الانتفاع يقال عن حق الارتفاق . فيبيع مالك العتار حق ارتفاق مقرر لمصلحة عقاره تبعا لبيع هذا العقار . أو يهب هذا الحق مع العقار . أو يقدمه مع العقار حصة فى شركة . أو يقدمه مع العتار مقابلا لوفاء دين .

(٣) العقود المغيرة لحق عيني عقارى أصلى . ويمكن التمثيل لعقد مغير لحق الملكية على عقار . بعقد يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشروط المانع من التصرف ، وبالعقد ملكية الأمرة . كذلك

(١) أنظر اتفاقية ١ .

يمكن التمثيل لعقد مغير لحق الانتفاع على عقار لمدة معينة ، بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها . ويمكن التمثيل أيضا لعقد مغير لحق الارتفاق ، بعقد يزيد في مدى هذا الحق أو ينتقص من مداه . فهذه العقود جميعا عقود مغيرة لحق عيني عقارى أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل .

(٤) العقود المزيلة أو المنهية لحق عيني عقارى أصلى . مثل ذلك عقد ينهى حق الانتفاع في عقار قبل انقضاء مدته ، أو عقد ينهى حق الاستعمال في عقار أو حق السكنى قبل انقضاء مدة الحق وكان كل من الحقين معقودا لمدة معينة ، أو عقد ينهى حق ارتفاق ولم تكن له مدة محددة . هذه العقود جميعا عقود مزيلة لحق عيني عقارى أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل . ويلاحظ أن حق الملكية حق أبدي ، فلا يزول ما دام الشيء المملوك باقيا ، ومن ثم لا يتصور إبرام عقد ينهى حق الملكية .

١٣١ - التصرفات المادرة من جانب واحد والواجبة الشهر : ولم يقتصر

قانون الشهر العقارى ، في الإخضاع للتسجيل ، على العقود كما اقتصر قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، بل جاوز العقود إلى التصرفات المادرة من جانب واحد . وقد قصد بذلك أن يعالج عيبا في قانون التسجيل كان ملحوظا ، إذ أدخل في حظيرة التسجيل تصرفين قانونيين صادرين من جانب واحد لم يكونا داخليين من قبل . وقد نص عليهما صراحة ، وهما الوقف والوصية ، في المادة ١/٩ منه كما رأينا . وكانا يدخلان دون نص في عموم لفظ « التصرفات » ، ولكن المشرع أراد أن يؤكد وجوب تسجيلهما بالنص الصريح . وكذلك يدخل في عموم لفظ « التصرفات » إنشاء المؤسسة ، والتصرفات الإدارية التي من شأنها إنشاء حق عيني أصلى أو نقله . فيخضع إذن للتسجيل التصرفات الآتية :

(١) الوقف : وهو تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الوقف ، ومن شأنه أن يغير من ملكية العقار الموقوف ، ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من العباد ، وينشئ حقوقا عينية فيه للمستحقين ، ويجعله خاضعا لنظام خاص تقرر انشريعة الإسلامية قواعده في كثير من التفصيل . وقد كان الوقف لا يسجل إلا في المحاكم الشرعية قبل نفاذ قانون الشهر العقارى ،

ومنذ نفاذ هذا القانون أصبح واجب التسجيل في مكاتب الشهر العقارى لأنه يدخل في عموم التصرفات الواقعة على عقار ، وبصريح النص كما سبق القول . وقد قلت أهمية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيرى وهو واجب التسجيل في مكاتب الشهر العقارى .

(٢) الوصية : وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الموصى ، فاذا وقعت على عقار نقلت ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له بعد موت الموصى . وقد كان قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ يخرج الوصية بالعقار من منطقة التسجيل ، لأن هذا القانون كان لا يخضع للتسجيل إلا العقود فيما بين الأحياء ، والوصية ليست بعقد ، وهى فوق ذلك تكسب الملكية بسبب الوفاة . فعالج قانون الشهر العقارى هذا العيب ، واستعمل لفظ « التصرفات » بدلا من عبارة « العقود فيما بين الأحياء » ، فدخلت الوصية فى عموم لفظ التصرفات ، إلى جانب النص عليها صراحة كما سبق القول . ومن ثم يجب تسجيل الوصية إذا وقعت على عقار ، وقد بسطنا فيما تقدم كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون الشهر العقارى وطبقا لقانون السجل العيى (١) .

(٣) إنشاء المؤسسة : وتنص المادة ٦٩ مدنى على أن « المؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أى ربح مادى » . وتنص المادة ١/٧٠ مدنى على أن « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية » . ويتبين من هذه النصوص أن إنشاء المؤسسة تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، ينقل ملكية المال من مالكه منشئ المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهى شخص اعتبارى . فاذا كان المال عقارا ، كان إنشاء المؤسسة تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ومن ثم يدخل فى عموم « التصرفات » الناقلة للملكية ، ويكون واجب التسجيل . ويستوى فى ذلك أن يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى فى حال الحياة لما قدمناه ،

أو يكون بوصية لما قدمناه ولأن الوصية بعقار يجب تسجيلها كما سبق القول

(٤) التصرفات الإدارية : ونذكر من هذه التصرفات قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة وقرارات تقسيم الأراضي وقرارات ردم البرك والمستنقعات وقرارات طرح البحر وأكله (١) .

فكما يتعلق بقرارات نزع الملكية . رأينا (٢) أن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يقضى بوجوب اتباع إجراءات معينة كترع ملكية العقار للمنفعة العامة أو التحسين . فيصدر قرار من الوزير المختص ببيان المشروع المطلوب إقراره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين . وتختص العقارات المطلوب نزع ملكيتها . وتعد المصلحة القائمة بتزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر تبين فيها العقارات التي تم حصرها . وتعرض هذه الكشوف . فإذا لم تقدم اعتراضات عليها أصبحت نهائية . ويوقع أصحاب هذه العقارات نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات . أو تعذر لأي سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، أصدر الوزير المختص قراراً بتزع ملكية العقارات . وتودع النماذج أو القرار الوزاري الصادر بتزع الملكية في مكتب الشهر العقاري . ويرتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة فيها جميع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر في خصوص هذه التصرفات الإدارية أنها التصرفات التي تتناول حقوقاً عينية عقارية كراسم نزع الملكية والإذن الذي تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر عملاً بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ . وفي خصوص الإذن الذي تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات كان القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بملك الأراضي الصحراوية يقضى بحظر تملك هذه الأراضي (إلا في مناطق معينة لا يشملها الحظر تحدد بقرار وزير الحرية) إلا باذن صدر من وزير الحرية . وهذا الإذن كان واجب التسجيل . ثم ألغى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ويقضى هذا القانون الأخير بأن تكون الأراضي الصحراوية ملكاً خاصاً للدولة ، ويملكها الأفراد لاستصلاحها بطريق الشراء ممارسة من الدولة (أنظر آتد فقرة ١٨) . وبديهي أن عقد البيع الصادر من الدولة بتمليك أحد الأفراد أرضاً صحراوية يجب تسجيله ، شأنه في ذلك شأن عقود البيع .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٠ .

الآثار المترتبة على شهر عقد البيع ، فتنقل العقارات من ملكية أصحابها الخاصة إلى الملكية العامة . ونرى من ذلك أن القرار الوزاري الصادر بترع الملكية ، وهو قرار إداري ناقل للملكية ، يجب شهره بطريق إيداعه في مكتب الشهر العقاري .

وفيما يتعلق بقرارات تقسيم الأراضي ، يقضى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضي المعدة للبناء بأن يقدم صاحب الأرض المراد تقسيمها مشروعا بالتقسيم ، يترك فيه المسافات اللازمة للشوارع والميادين والحدائق والمتزهات ، ويصدر بهذا المشروع مرسوم (قرار جمهوري) ينشر في الجريدة الرسمية . ويجب تسجيل قرار التقسيم في مكتب الشهر العقاري ، وعمر بمراحل الشهر التمهيدي ، وترفق به خريطة يبين فيها التقسيم وما يتضمنه من منافع ، ويودع معه صورة من قائمة شروط بيع أجزاء الأرض المقسمة . ولا تعتبر الشوارع والميادين والمرافق الأخرى داخلة في أملاك الدولة العامة إلا من تاريخ تسجيل قرار التقسيم . وهنا نرى أيضا قرارا إداريا ، وهو القرار الصادر بمشروع التقسيم ، واجب التسجيل ، لأنه ينقل ملكية أجزاء من الأرض المقسمة - الميادين والشوارع والمرافق الأخرى - إلى أملاك الدولة العامة .

وفيما يتعلق بقرارات ردم البرك والمستنقعات ، خول القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٦ الخاص بردم البرك والمستنقعات ومنع إحداث الحفر وزارة الصحة والمجالس البلدية والإقليمية الحق في استصدار قرارات بترع ملكية البرك والمستنقعات لتباشر ردمها أو تجفيفها ، وهذه القرارات بترع الملكية ، وهي قرارات إدارية ، خاضعة للشهر بطريق التسجيل . وقد أجاز القانون المذكور للمالك المتزوعة ملكيته استرداد هذه الملكية ، في مقابل الوفاء بتكاليف الردم أو التجفيف ورد الثمن الذي يكون قد قبضه ، ويسقط هذا الحق إذا لم يستعمل في ميعاد لا يتجاوز سنة من تاريخ إتمام الردم أو التجفيف . ويتم الاسترداد إما بعقد أو بقرار وزاري ، ويجب شهر العقد أو القرار الوزاري بطريق التسجيل دون رسم نسبي حتى ترد الملكية لصاحبها السابق .

وفما يتعلق بقرارات طرح النهر . كان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ يقضى بتوزيع الطرح على مستحقيه من أصحاب أكل النهر على مقتضى قواعد معينة . ويكون التوزيع بقرار يصدره وزير المالية والاقتصاد ، ولهذا القرار الإداري قوة الورقة الرسمية . ويجب تسجيله دون رسم رسمي . ويؤشر به بعد تسجيله في تكليف المالك الذي صدر القرار لصالحه . وقد قدمنا (١) أن هذا القانون قد ألغاه القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ . ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ ، وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . ومنذ صدور قانون سنة ١٩٥٧ استحدثت قاعدة جديدة هي تعويض أصحاب الأكل تعويضا نقديا لا تعويضا عينيا . ويبيع طرح النهر لصغار المزارعين على الوجه المبين في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (٢) . وبموجب هذا القانون الأخير المعمول به الآن تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينييه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا . ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية .

١٣٢ - الأعلام المنشئة الواجبة الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١/٩ من قانون الشهر العقاري توجب تسجيل « الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك » . أي لشيء من « التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله » . وإذا فهمنا النص على هذا النحو ، كانت الأحكام المثبتة لتصرف من التصرفات المشار إليها هي الأحكام الصادرة في دعاوى صحة التعاقد (٤) . فالأحكام المثبتة للعقود

(١) أنظر آفاق ٩٥ .

(٢) أنظر آفاق ٩٥ .

(٣) أنظر آفاق ١٣٠ .

(٤) أنظر في هذا المعنى حامد فهمي في بحثه في نظرية التصرفات الإقرارية والإفشائية في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى (ص ٧ - ص ٦٣) فقرة ٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٨١ .

المنشئة لحق عيني عقارى أصلى ، كإنشاء حق انتفاع أو استعمال على عقار أو إنشاء حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بإنشاء هذه الحقوق . والأحكام المثبتة للعقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلى ، كتقل حق الملكية أو حق الانتفاع ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بنقل هذه الحقوق ، وعلى رأسها دعوى إثبات صحة التعاقد فى بيع العقار وهى الدعوى التى تقصد عادة إذا أطلقت عبارة « دعوى صحة التعاقد » . وكذلك قل عن الأحكام المثبتة للعقود المغيرة لحق عيني عقارى أصلى ، والأحكام المثبتة للعقود المزيلة أو المنهية لحق عيني عقارى أصلى (١) . ومن ثم تكون كل هذه الأحكام النهائية واجبة التسجيل بموجب نص المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى .

ولكن قد يعترض على هذا الفهم بأن قانون الشهر العقارى قد خص « دعاوى صحة التعاقد » بالذكر ، ولم يذكرها فى المادة ١/٩ منه ، بل ذكرها فى المادة ٢/١٥ ضمن الدعاوى الواجبة التسجيل . وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شهر الأحكام النهائية الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد ، وإنما تكون هذه الأحكام واجبة الشهر . وجب المادتين ١٥ و ١٦ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون ، ولكنها تكون واجبة الشهر على كل حال . ويبقى بعد ذلك ، إذا اعتدنا بهذا الاعتراض ، أن نحدد ما هى الأحكام النهائية الواجبة التسجيل بموجب المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى . ولما كانت هذه المادة مأخوذة من المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فإن الرجوع إلى المادة الأولى سالفة الذكر ، وهى تقول « الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك » ، يبين أن المقصود هو الأحكام النهائية التى يترتب عليها إنشاء حق عيني عقارى أو نقله أو تغييره أو زواله . ولا يوجد حكم ينشئ حقا عينيا عقاريا أو غيره أو يزيله ، لأن الأحكام هى فى الأصل مقررة للحقوق لا منشئة ولا مغيرة

(١) أنظر اتفاقرة ١٣٠ .

ولا مزيلة . ولكن توجد أحكام تنقل حق الملكية ، فهي من ناحية تعتبر أحكاما منشئة لا أحكاما مقررة . ومن هذه الأحكام أحكام مرسى المزاد ، ومنها أيضا الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة على الرأى الذى أخذت به محكمة النقض .

فأحكام مرسى المزاد فى العقار تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة ، أو عقب زيادة العشر ، أو عند إعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف ، وذلك طبقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات . وفى جميع الأحوال يصدر حكم مرسى المزاد بديباجة الأحكام ، ويشتمل منطوقه على أمر للمدين أو للحائز بتسليم العقار للرأى عليه المزاد (م ٦٨٥ مرافعات) . ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزاد خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره ، ويكون الحكم المسجل سندا بملكية من رسا عليه المزاد (م ٦٨٧ مرافعات) . ومع ذلك لا يكون حكم مرسى المزاد ناقلًا للملكية ، ولكنه يعتبر كاشفا عنها ، فى حالتين : (١) إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلًا لها ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى القسمة فى الجزء الثامن من الوسيط . ويجب على كل حال تسجيل الحكم بمرسى المزاد هنا ، ولكن التسجيل يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . (٢) إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن الحائز الذى رسا عليه المزاد فى هذه الحالة يكون مائكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصيل ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن هذه الملكية لا ناقلًا لها . وتنص المادة ١٠٧٥ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا تزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو الإخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصيل : ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة » . وهذا لا يعنى حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة من الشهر ، ولكن الشهر يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ،

لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . والشهر هذا لا يكون بالتسجيل ، وإنما يكون بالتأشير بحكم مرسى المزاد في هامش تسجيل السند الذى تملك الحائز بموجبه العقار أصلاً وفى هامش تسجيل إنذار الحائز . وتنص المادة ٦٨٨ مرافعات فى هذا المعنى على أنه « إذا رسا مزاد العقار على الحائز ، لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد واجبا ، ويؤثر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلاً ، وفى هامش تسجيل إنذار الحائز » .

أما الحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة ، فقد نصت المادة ٩٤٤ مدنى فى خصوصه على ما يأتى : « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (١) . وليس هناك شك فى أن الحكم النهائى بثبوت الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع ، ولكن يقوم الشك فى تحديد وقت انتقال الملكية ، وفيما إذا كان هذا الحكم بثبوت الشفعة ناقلاً للملك أو كاشفاً عنه . ومنعروض لهذه المسألة عند الكلام فى الشفعة (٢) ، ويكفى هنا أن نقرر أن الرأى الذى استقر فى القضاء هو أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم ناقل للملك ، ومن ثم يجب تسجيله طبقاً لأحكام المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى (٣) .

(١) وكذلك يجب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة حتى يكون حجة على الغير ، يصريح نص المادة ١/٩٤٢ مدنى إذ تقول : « ... ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل » .

(٢) أنظر مايل ققرة ٢٢٦ - ققرة ٢٢١ .

(٣) محكمة الاستئناف فى دواترها الخمسة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ - نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة ص ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٤٠ - ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٢٥١ .

وسرى عند الكلام فى الشفعة أنها سبب من أسباب كسب الملكية ، ففى توافرت شروط الأخذ بالشفعة وأعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بها ، فقد حل محل المشتري فى البيع الصادر من البائع وأصبح هذا البيع صادراً له مباشرة ، فتنقل إليه الملكية بحلولة محل المشتري وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة . فالحكم بثبوت الشفعة فى ذاته ليس إذن ناقلاً للملك فى رأينا ، بل هو كاشف من ثبوت الحق فى الشفعة . فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتباره أنه حكم ناقل كما تلعب محكمة النقض . ولا يمكن أن يكون على اعتباره أنه حكم بتصرف ، ناقلاً كان هذا التصرف أو كاشفاً =

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولاً - التصرف أو الحكم قبل أنه شهر :

١٣٣ - في قانون الشهر العقارى : تنص الفقرتان ٢ و ٣ من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (١) . ويفهم من هذا النص

= لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهي واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وفى رأينا أنه كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقارى يقضى بوجوب تسجيل الحكم بالشفعة حتى تنتقل الملكية للشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى إذ تقول كما رأينا : « الحكم الذى يصدر نهائياً بشيوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وقد ورد هذا النص الخاص فعلاً فى قانون السجل المبنى ، إذ تنص المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » .

(١) ين هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/٧ من المشروع) . وأضيف فى آخره فقرة جديدة تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضى له به . كما يجوز له قصر الشهر على العقارات المفضى له بها فى جهة معينة » . فإذا صدر حكم نهائى يثبت لشخص ملكية عقارات متعددة ، أو يثبت له مع آخرين ملكية عقار ، فإنه يستطيع ، عند تسجيل هذا الحكم ، أن يقصر التسجيل على العقارات المفضى له بها فى جهة دون أخرى فيجرب بذلك العقارات المفضى له بها ، أو يقصر التسجيل على القدر الذى قضى له به دون القدر الذى قضى به لآخرين معه فيجزئ بذلك الحكم الذى قضى لمصلحته ولمصلحة آخرين معه . والظاهر أن الفرض من هذه التجزئة هو التيسير على أصحاب الشأن ، حتى لا يلزموا بدفع رسوم الشهر كاملة عن جميع العقارات المفضى بها أو عن جميع العقار المفضى به لأشخاص متعددين . وهذا مماثل لما قضى به المشروع (وقانون الشهر العقارى الحالى) من جواز قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وما قضى به المشروع من قصر شهر الحكم النهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها على حصة أحد الشركاء كما سيجى .

أن التصرف أو الحكم غير المسجل لا ينشئ ولا يتقل ولا يغير ولا يزيل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير وليس في هذا جديد فقد كانت هذه هي القاعدة في التقنين المدني السابق ، ولا بين ذوى الشأن وهذا هو الجديد فقد كان التصرف أو الحكم غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق ينشئ أو يتقل أو يغير أو يزيل الحق العيني فيما بين ذوى الشأن . فتجريد التصرف أو الحكم غير المسجل من هذا الأثر فيما بين ذوى الشأن كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم . وتوخيا للإيجاز ، نمثل للتصرف أو الحكم الذى من شأنه أن ينشئ أو يتقل أو يغير أو يزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية ، بعقد البيع الذى من شأنه أن يتقل ملكية العقار . فنقتصر من التصرفات والأحكام فى عمومها على عقد البيع ، ونقتصر من الآثار على النقل دون الإنشاء والتغيير والإزالة ، ونقتصر من الحقوق العينية العقارية الأصلية على حق الملكية دون الحقوق العينية الأخرى . وذلك لأن عقد البيع الذى من شأنه أن يتقل ملكية العقار هو التصرف الذى يغلب وقوعه فى العمل ، ولأن الأحكام التى تسرى على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسرى على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التى من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية .

فالباع غير المسجل إذن لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا حتى فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يسجل (١) ، فلا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى

= هذا ويمثل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ قانون الشهر العقارى فيما سنورد من أحكام . وانظر فى أن الملكية فى التقنين المدني السابق تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل العقد وفى تفضيل المشتري من المورث على المشتري من الوارث : الوسيط ، فقرة ٢٦٨ ، وفى أن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا بالتسجيل : الوسيط ، فقرة ٢٦٩ .

(١) وعلى ذلك إذا رهن المشتري ، قبل أن يسجل عقد البيع ، العقار المبيع ، فإن الرهن يكون صادراً من غير مالك . وإذا فسخ البائع البيع لعدم استيفائه الثمن مثلاً ، فإنه يسترده من المشتري خالياً من حق الرهن (محمد على عركة ٢ فقرة ١٨٥) .

استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العقار المبيع ، وان كان يستطيع كما سئرى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد أو دعوى بصحة التوقيع . ويبقى البائع ما لكا للعقار المبيع (١) ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لم يستطع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه . ويجرى هذا الحكم على وارث البائع ، فلا يجوز له أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إياه . ولكن إذا باع وارث البائع العقار لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع ما يملك لأن ملكية العقار تكون قد انتقلت إليه من مورثه ، فإذا سجل وارث البائع حق الإرث وسجل المشتري منه عقد شرائه ، فضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه إذا سبق الأول الثاني في التسجيل (٢) .

(١) ويترتب على ذلك أن دائن البائع يستطيع التنفيذ على العقار المبيع الذي لا يزال مملوكا لمدينه ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر م ٦١٦ مرافعات) . وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٨ .

ويترتب على ذلك أيضا أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري الذي لم يسجل عقده ، فلا يستطيع هذا المشتري أن ينقل الملكية إلى مشتريه . وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه . ومن ثم لا يكون هذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه ، لأنها لا توصل إليه هو إلا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بأصل الملكية أو الحق المبنى إلا المحررات التي سبق شهرها . فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغم من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا ، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الممول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذي يصدر من المورث والبيع الذي يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين . وتكون العبرة بتصرف المالك

ولكن البيع غير المسجل لا يزال يباع ، فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل . ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع (١) . ففيما يتعلق بالتزامات البائع ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بتسليم العقار المبيع إلى المشتري ، ويجبر على التسليم حتى قبل تسجيل البيع ، وتنتقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بعد التسليم ولو قبل التسجيل . ويضمن البائع للمشتري التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه الناشئ عن استحقاق المشتري الثاني للعقار . ويضمن البائع للمشتري العيوب الخفيفة ، وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع حتى قبل أن يتسلم المبيع وحتى قبل أن يسجل البيع . وفيما يتعلق بالتزامات المشتري ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بدفع الثمن والمصروفات وتسليم العقار المبيع ، ويستطيع البائع قبل تسجيل البيع أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات (٢) . ويترتب على البيع غير المسجل آثاره بوصفه بيعا ، فيؤخذ فيه بالشفعة ، ولا يؤثر

= الحقيق ، إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح (نقض ملق ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٧٩٤) .

وإذا لم يسجل عقد البيع ، وباع البائع العقار مرة ثانية لمشتري آخر سجل عقده ، فإن ملكية العقار المبيع تنتقل من البائع إلى هذا المشتري الثاني . ويفضل هذا المشتري الثاني الذي انتقلت إليه الملكية على أى شخص يتعامل مع المشتري الأول الذى لم يسجل عقده ولم تنتقل إليه الملكية ، كشر من هذا المشتري الأول ولوسجل عقده قبل أن يسجل المشتري الثاني من البائع عقده (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٦) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٢ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٦ .

عدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير و كان قابلا للإبطال (١) .

وينشئ البيع غير المسجل بوجه خاص في ذمة البائع التراما بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصي إذ لا بد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وأن يكون توقيع مصدقا عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ الترامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد (٢) .

١٣٤ - في قانونه السجل العيني : والبيع غير المقيّد في السجل العيني ، عند ما يكون نظام السجل العيني نافذا ، هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولا يترتب عليه من الأثر سوى الالتزامات الشخصية فيما بين البائع والمشتري . وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على ما يأتي : « ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيّدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » .

وكل ما ذكرناه في شأن البيع غير المسجل في قانون الشهر العقاري (٣) ، يصدق بالنسبة إلى البيع غير المقيّد في السجل العيني . فالمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يقيد في السجل العيني ، ويبقى البائع مالكا

(١) أنظر في ذلك الوسيط : فقرة ٢٧٧ . ولكن البيع المسجل لا يصلح سببا صحيفا في التقادم المكسب القصير لورد نص صريح يقضي بأن يكون السبب الصحيح مسجلا (م ٢/٩٦٩ مدني) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : فقرة ٢٧٣ - وفي دعوى صحة التعاقد الوسيط : فقرة ٢٧٤ - وفي دعوى صحة التوقيع الوسيط : فقرة ٢٧٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٢٣ .

للعقار المبيع ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . يلتزم المشتري ، بموجب البيع غير المقيّد ، بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . ويفضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه ، إذا سبق الأول الثاني إلى قيد عقده في السجل العيني . ويؤخذ في البيع غير المقيّد بالشفعة ، كما يؤخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ويبدو أن البيع غير المقيّد في السجل العيني لا يزال ينشئ التزاما بنقل الملكية في ذمة البائع (١) .

ثانيا : التصرف أو الحكم بعرائه بشر :

١٣٥ - في قانونه الشهر العقاري : وتتخذ هنا أيضا عقد البيع المسجل

(١) ولكن هل يجوز تنفيذ هذا الالتزام عينا ، كما يجوز تنفيذه عينا في قانون الشهر العقاري عن طريق دعوى صحة التعاقد ؟ ورد في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني ، في خصوص المهررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني وحضرها في قسمين ، ما يأتي : (القسم الأول : المهررات الموثقة الصادرة من يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . هل أن الرسمية لا تعتبر ركنا في التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقيد المهررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفي ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . والظاهر من ذلك أنه طبقاً لقانون السجل العيني ، يبقى عقد البيع العرفي غير المقيّد منشئاً لالتزامات شخصية ، ومنها الالتزام بنقل الملكية . ولكن هذا الالتزام بنقل الملكية لا يمكن تنفيذه عينا ، ونقل الملكية بالفعل ، إلا إذا قيد البيع في السجل العيني . والبيع لا يجوز قيده في السجل العيني إلا إذا كان موثقاً في محرر رسمي ، ولا يسوغ قيد البيع العرفي في السجل ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . ويخلص من ذلك أن البيع العرفي غير المقيّد ، طبقاً لقانون السجل العيني ، ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ويلزم البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقلها . ومن هذه الإجراءات أن يشارك البائع المشتري في توثيق محرر رسمي بالبيع ، حتى يمكن قيد البيع في السجل العيني . فإن امتنع البائع عن توثيق البيع ، لم يعد هناك سبيل لقيد البيع في السجل العيني ، ولو عن طريق حكم بصحة التعاقد يصدر بناء على عقد البيع العرفي . ومن ثم لا يكون أمام المشتري إلا مطالبة البائع بالتعويض ، لامتناعه عن القيام بالتزامه من توثيق البيع تمهيداً لقيدته في السجل العيني . فإن أنكر البائع صدور البيع العرفي منه أو أنكر صحته ، وجب على المشتري دفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد ، ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده في السجل العيني كما سبق القول . وكل ما يستلزمه المشتري في هذه الحالة ، وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر في هذا الشأن ، هو أن يطالب البائع بالتعويض لإخلاله بالتزامه من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوثيق البيع . ويكون موقف المشتري بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة إلى عقد بيع عرفي لم ينكر البائع صحته . ففي الحالتين لا يستطيع المشتري ، إذا امتنع البائع عن توثيق عقد البيع ، إلا أن يطالب بالتعويض .

نموذجاً للتصرف أو الحكم المسجل ، لنفس الاعتبارات التي قلعتها (١) .
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل تبقى قائمة
بعد أن يسجل البيع . فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشأ
لالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع ، ومنشأ
لالتزامات في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق
وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المسجل بالشفعة بداهة ، ويصلح
البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم المكسب القصير ، بل أصبح البيع
المسجل دون البيع غير المسجل هو الذي يصلح سبباً صحيحاً في التقادم المكسب
القصير في التقنين المدني الجديد (م ٣/٩٦٩ مدني) ، ويبقى بيع ملك الغير
قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده .

ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية
العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير .
ويشترط في ذلك أن يكون العقار وقت البيع مملوكاً للبائع فلا ينقل بيع
ملك الغير الملكية ولو سجل البيع ، وأن يكون البيع جدياً غير صوري وغير
مزور ، وأن يكون صحيحاً فالبيع الباطل لا ينقل الملكية ولو سجل . ويستخلص
ذلك من طبيعة التسجيل والمهمة التي يقوم بها ، فالتسجيل في قانون الشهر
العقاري ، بخلاف القيد في قانون السجل العيني ، مهمته شهر المحرر على
علانه . والبيع بعد التسجيل يبقى كما كان قبل التسجيل ، فإن كان صادراً
من غير المالك لم ينقل الملكية بالرغم من تسجيله ، وإن كان صورياً أو مزوراً
يبقى بعد التسجيل كذلك ، وإن كان باطلاً يبقى بعد التسجيل على بطلانه
إذ التسجيل لا يصحح البطلان . فالذي ينقل الملكية إذن ، في نظام الشهر
العقاري ، هو العقد ذاته وليس التسجيل (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ .

(٢) وتقرب محكمة النقض من ذلك إذ تقول : « إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ،
ولأنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعي
وهو التسجيل . وإذن فالمقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل (نقض
مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ ص ١٨٢) . وتقرب حين كيرة ص ٩
وص ١١ (وإذا جاز أن يقال إن العقد المسجل وهو الذي ينقل ملكية العقار واقعة مركبة من
تصرف قانوني هو العقد ومن واقعة مادية هي التسجيل ، وجب أن يقال أيضاً إن عنصر
التصرف القانوني في هذه الواقعة المركبة هو العنصر الغالب ، والواقعة للمركبة كالواقعة
المختلطة قد يتغلب فيها عنصر على عنصر آخر) .

وتتابع البيع المسجل في نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير :

١ - فالبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذي قدمناه ، فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد التسجيل وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغطية البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . والرأي الذي استقر عليه القضاء والفقه هو أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع . بهذا صرحت المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري (١) ، وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض (٢) . وهناك رأى معارض يذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين ، أما

(١) وقد جاء فيها ما يأتي : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) ، فهما مطابقتان لفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالي (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أي تعديل في نصوصها ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيرا لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضي بأن الحقوق المبنية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه » .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يقضي برفض دعوى الشفعة بناء على أن الشفع لم يكن مالكا للعين المشفوعة بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفا للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث إن امتداد أثر الشرط إلى الماضي . . إنما يصح حيث يكون التطبيق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين ، أما حيث يكون القانون هو الذي قرره الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق الموتر . غير أن الشارع قد لاحظ أن المتعاقدين إذ يملكان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا يبرر لها في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة المتعاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ (من القانون السابق) التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التهاديات والمقود ، وعلى ذلك فلا عمل -

بالنسبة إلى الغير (١) فليس له بطبيعة الحال هذا الأثر ولا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل .

ونحن تؤثر هذا الرأي المعارض ، لأنه هو الرأي الذي يتفق مع طبيعة عقد البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية ، وقد أسهبنا في الدفاع عن هذا الرأي عند الكلام في عقد البيع (٢) . وبيننا أن القول بالأثر الرجعي أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، إذ هو الذي يفسر تفسيراً مستساغاً أن ثمر البيع ونمائه يكون للمشتري من

تطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جلياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث إنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي لتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . وذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين المتعاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضيف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضح القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المتعاقدين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤها في المستقبل ، (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - وانظر أيضاً نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٢٠٩) .

وانظر في تفصيل الرأي الذي استقر عليه القضاء والفقهاء من أنه ليس لتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨١ - وانظر في استقرار الفقه على هذا الرأي الوسيط ٤ فقرة ٢٨١ ص ٥١٢ هامش ١ - يضاف محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٠٧ فقرة ٢٠٩ - حسن كيرة ص ٥٩ .

(١) والمقصود بالغير كل شخص يثبت له على العقار المبيع حق عيني مصدره تصرف قانوني يخضع للشهر ، ويقوم هذا الشخص فعلاً بشهره . فإذا باع شخص عقاراً ، وقبل تسجيل عقد البيع بآعه إلى مشتري ثان أو رهنه لدائن مرتين ، فلا يكفي لاعتبار المشتري الثاني للعقار أو الدائن المرتين غيراً أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشتري الثاني أن يسجل عقد البيع الصادر له ، وعلى الدائن المرتين أن يقيد عقد الرهن ، حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا شهر كل منهما حقه على هذا الوجه ، لم يحز للمشتري الأول من البائع أن يحتج عليهما بمقدمه إلا من وقت تسجيل هذا العقد ، فإذا كان لم يسجل أو سجل بعد تسجيل البيع الثاني لم يعد قيد الرهن نفذ البيع الثاني أو الرهن في حق المشتري الأول .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٦ .

وقت تمام البيع لا من وقت تمام التسجيل ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كذلك (م ٤٥٨) . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً أيضاً أن البائع إذا أحدث بناء فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع يعامل معاملة البانى بسوء نية فى أرض غيره . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً كذلك أنه إذا تصرف المشتري فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه يعتبر فى بعض الفروض فى منزلة من يتصرف فيما يملك (١) .

ثم بينا أن هناك فروضاً يكون فيها القول بالأثر الرجعى ليس فحسب القول الأكثر الاستساعة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق . ونقتصر هنا على الإشارة إلى فرضين من الفروض الخمسة التى سبق أن ذكرناها . فلو فرضنا مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، ويبيع عقار مجاور لهذا العقار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده ، فلو أخذنا بالأثر الرجعى لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، وهذا ما فعلته محكمة النقض ، فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشتري الحق فى الأخذ بالشفعة (٢) . ولو فرضنا أن شخصاً باع داراً وقبل أن يسجل المشتري

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - وقد عقبتنا على ذلك بما يأتى : « والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قمنا بها الموقف الآتى : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه حصل فعلاً على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف فى المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى فى الأرض المبيعة وإلا اعتبر يائساً فى أرض غيره . ونريد أن نحل هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المنتقلة الذكر . نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب فى جميعها ظاهر » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ ص ٥٢٤) .

(٢) وقد ذكرنا تعقياً على ذلك : « ولوقلنا بالرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفعى يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولاشك فى أنه بين =

عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي لكانت ملكية الدار قد انتقلت إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا من وقت إجراء التسجيل ، أى في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري . وتؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا أيضا ، فلا يكون الإيجار ساريا في حق المشتري (١) .

وبينا بعد ذلك أن القول بالأثر الرجعي هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، ذلك أن مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصى وهو النظام المعمول به في قانون الشهر العقارى هي إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد في هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمة القيد في نظام السجل العيى فهي نقل الحق ، إذ للقيد في هذا النظام وليس العقد هو الذى ينقل الحق (٢) .

= المالكين المتعاقبين - البائع للمقار المشفوع بهوالمشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاوراً للمقار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيحتل بذلك حق قرره القانون ونهيات الأسباب لكبه (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨) .

(١) ويمكن القول أيضاً ، في عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص لآخر أرضاً زراعية بعقد ثابت التاريخ قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه ، وقد يترتب على ذلك نتائج هامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨ هامش ٢) .

وانظر في تفصيل الفروض الخمسة التى ذكرنا أن القول بالأثر الرجعى فيها هو القول الحق : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ .

(٢) وقد ذكرنا بعد ذلك : « فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصى ، أن يؤدى كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينتقل العقد الملكية إذ هو السبب في نقلها ، ولا يتراخى السبب عن السبب إلا لمانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فهمة كما قلنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان بائرا . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب في الحال ، فوجب أن يتراخى السبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصى أن يتراخى =

وبينا أخيراً أن القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نصوص القانون ،

— انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إل وقت إجراءات التسجيل ، والا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية من دون أن نحتاج للتواحي الأخرى . ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة أراد إليها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فلربما نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا المقدم هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، ولربما مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إل وقت إجراءات التسجيل ، فمضى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع . ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخطط بين نظامين متعارضين ، نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني . أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية ، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إل الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ — وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل — في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كافه نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص ، ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لامن وقت التسجيل مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولأشأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين ، (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ — ص ٥٣٢) . وانظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ .

وذكرنا أيضاً في هذا المعنى : « والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إل التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحثة لا ترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد من التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إل مشتر آخر وسبق هذا إل تسجيل مقدمه ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إل قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إل قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته السلبية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب إذن أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إل الغير أو فيما بين المتعاقدين » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢) . وانظر في أن نفي الأثر الرجعي لم يكن من شأنه أن يبادر الناس إل تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢ .

فالمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل البيع ، وترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ما ورد في النص صراحة أو دلالة ، ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع في ذلك إلى مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصى وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون الشهر العقارى . فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك . ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام الميئة في قانون تنظيم الشهر العقارى » . وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى في هذا الصدد ما يأتي : « أما في العقار فلا تنتقل الملكية . ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد » (١) .

٢ - والبيع المسجل ينتقل الملكية ، على النحو الذى قدمناه أيضاً (٢) ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٦ .
(٢) أى إذا كان البيع صادراً من المالك للعقار المبيع ، وكان ييماً جدياً لا صورياً ولا مزوراً ، ولم يشبه البطلان . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « ويشترط في التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولولم يسجل على تصرف من غير المالك ولوسجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقادم الحسى إذا سجل عقده وكان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولوسجل بعد ذلك » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ ص ٥٢٦ هامش ٣) . وقد قضت =

بالنسبة إلى الغير (١) . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت إجراء التسجيل ، ما في ذلك من خلاف . والأصح أن يقال إن الملكية تنتقل بالبيع ، ولكن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني يعتبر من الغير بالنسبة إلى المشتري الأول ، ولا يحتاج عليه بالبيع الصادر إلى المشتري الأول إلا من وقت تسجيله ، أي في وقت متأخر عن تسجيل عقده هو . ومن ثم لا ينفذ في حقه البيع الأول ، وبذلك يفضل على المشتري الأول (٢) . ولكن هل يشترط في تطبيق هذه القاعدة ، وتفضيل المشتري الثاني على المشتري الأول في الفرض الذي نحن بصدد ، أن يكون المشتري الثاني حسن النية وقت أن اشترى ، أي لا يعلم أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار وأن هذا المشتري لم يسجل عقده ؟ عرضنا لهذه المسألة بالتفصيل عند

— محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أسست قضاءها بالملكية على عقد الشراء وعلى تسجيل الحكم الصادر بصحة التوقيع عليه إلى جانب صورية عقد الشراء الآخر الصادر من البائع نفسه وانعدام أثر تسجيله ، فإن ذلك تسبب كاف لقيام الحكم (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام ص ٧٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة ، فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً ، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً . وإن المفاضلة بين عقدي بيع صادرين من مالك واحد بأسبقية التسجيل ، لا تكون إلا بين عقدين صحيحين (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٠٥ ص ٦٥٥) .

(١) فإذا باع المالك عقاره لمشتريين متعاقبين ، فأسبقهما في التسجيل هو المالك . وإذا ادعى المشتري الآخر أنه ملك العقار بالتقدم ، فعليه هو إثبات ذلك (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٤٧ ص ٩٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري قد سجل عقده الذي شل الأطنان موضوع عقد البديل المبرم بين البائع والطاعن قبل أن يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقد البديل ، فإن ملكية هذه الأطنان تكون قد انتقلت إلى المشتري من تاريخ تسجيل عقده ، ونم يعد بذلك لعقد البديل محل يرد عليه . فإذا قضى الحكم المطعون فيه ، في هذه الحالة ، برفض طلب صحة ونفاذ عقد البديل ، فإنه لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٧ ص ٧٠٨) .

الكلام في البيع (١) ، واستعرضنا فيها العهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق ، وعهد قانون التسجيل ، وعهد قانون الشهر العقاري .

ففي عهد التقنين المدني السابق ، كان الرأي الراجح هو اشتراط حسن النية في التسجيل حتى ينتج أثره . فإذا كان المشتري الثاني الذي سجل أولاً يعلم وقت أن اشترى أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار ولم يسجل عقده ، فيادر هو إلى التسجيل ، فإن التسجيل في هذه الحالة لا ينتج أثره لعدم توافر شرط حسن النية ، ومن ثم يفضل عليه المشتري الأول (٢) .

وفي عهد قانون التسجيل ، ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط في التسجيل حسن النية ، فينتج التسجيل أثره حتى لو كان المشتري الثاني سميء النية يعلم وقت أن اشترى بسبق تصرف البائع في العقار المبيع ، بل وحتى لو كان المشتري الثاني متواطئاً كل التواطؤ مع البائع على حرمان المشتري الأول من الصفقة ، فلا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية ولا بتواطئه مع البائع (٣) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٨ .

(٣) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٨ ص ٩٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - وقد قلنا في هذا الصدد : « فارتفعت محكمة النقض بالتسجيل ، بهذا الرأي الذي اعتنقه ، إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول ، الذي تواطأ البائع والمشتري الثاني على الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيطلبه للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع موسراً . فإذا كان مضرراً وكأن البيع المسجل هو الذي سبب الإضرار أوزاد فيه ، جاز للمشتري الأول أن يظن في البيع المسجل بالدعوى البولسية ، ولكن لا تثبت ملكيته في العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له ، ويزاحمه في ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذي قدمناه . وإذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تحصين التسجيل من كل ظمن وتقويت إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل العقاري ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشبر الشخصي الذي لا تزال فيه حتى اليوم . فو نظام السجل العقاري يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك =

وفي عهد قانون الشهر العقاري ، وهو العهد الحاضر ، فان محكمة النقض ، بعد أن قصد واضعو قانون الشهر العقاري باغفالهم لإيراد نص صريح في هذه المسألة أن يتركوها لحكم المبادئ العامة (١) ، بقيت مع ذلك مصرة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية (٢) . وقد بينا أن الموقف الذي نراه متفقاً مع المبادئ العامة

= ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحري ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تمويضاً تكفله خزانة السجل العقاري ذاتها . أما هذه الضمانات لا تزال تعزز النظام الشخصي القائم ، فلا نرى بداً من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثاني الذي سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩ ص ٥٤١ - ص ٥٤٤ - وانظر في تفصيل ما كان القضاء يجري عليه في عهد قانون التسجيل : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩) .

(١) وذلك بعد أن انتزع واضعو قانون الشهر العقاري من النصوص أقوى حجة كانت محكمة النقض تستند إليها ، فقد كانت المادة الثانية من قانون التسجيل تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وكانت المادة الأولى من هذا القانون تغفل هذا النص في العقود المنشئة ، فسهل على محكمة النقض استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون الشهر العقاري النص في المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك في المادة التاسعة منه في العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص عدم فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، وموكولاً أمره إلى المبادئ العامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٦) .

(٢) نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . وتابع قضاء محكمة النقض كثير من الفقهاء (انظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٠ هامش ٢ - ويضاف إلى الفقهاء المشار إليهم في الوسيط : محمد علي عركة ٢ فقرة ١٩٤ - فقرة ١٩٩ - حسن كيرة ص ١١) .

هو استبعاد الرأى الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل لتطرفه من ناحية ، وكذلك استبعاد الرأى الذى أخذت به محكمة النقض من أن التواطؤ ذاته لا يبطل التسجيل لتطرفه من الناحية الأخرى (١) . ونجيب إذن الوقوف

= وفيما يتعلق بالدعوى البولصية قضت محكمة النقض بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطن بالدعوى البولصية ، فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائئاً بالتمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى بحث عقده الابتدائى ومطالبته بالحكم بصحته وفقاده ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده بحملة بحق المشتري الذى لم يسجل بوصفه دائئاً للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية المقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) .

وقد وصلت محكمة النقض ، فى . اعتناق الرأى الذى تأخذ به ، إلى أبعد مدى ، إذ قضت بأن المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى جاءت خلواً مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ . ومفاد ذلك ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، هو إجراء المفاسلة عند تزامم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ، ولونسب إلى المشتري الذى يادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع ، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيق لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه بلهة الشهر ، إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولا يغير من هذا النظر انقول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش وتواطؤ بين من تم التسجيل لصاخره وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى لعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى . ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد . وإذا تم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فإن الأفضلية تكون لمن سبق إلى تسجيل التصرف الصادر له ، ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق . وليس لصاحب الطلب السابق ، إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ ، سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٩ ص ٢٩٥) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٨ ص ٧٢٣ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ .

(١) وقد قلنا فى صدر الرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض : « ومهما يكن من شنيع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض . . فإنه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولاتنهض به الاعتبارات العملية . أما الاعتبارات العملية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته =

عند الرأى الوسط ، وهو الرأى الذى لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ولكنه يجعل التواطؤ مبطلاً له . ذلك أن هذا الرأى الوسط يدعم نظام التسجيل ، دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يترزعزع نظام التسجيل باندخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك لا تتعرض مصالح الناس للضياع عن طريق التدليس والغش (١).

— ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلواً من هذا التميز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفقد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن النية ، فن البديهي أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن المخاطر . فهو إذن سوء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستصحب على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف . والاعتبارات العلمية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض . فنحن لانزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العيني . فن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيني أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجة المطلقة للسند ولوطن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لانزال الثقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تموزه ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضاربه ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيني . يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى ناحيته العملية (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥١ - ص ٥٥٣) . وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فى عقد البيع ص ١٧٢ - شمس الدين الوكيل فى أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل عند تزامن المشترين لعقار واحد فى مجلة كلية الحقوق ٨ ص ٦٣ .

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ . وقد قلنا فى توجيه الرأى الذى نذهب إليه من أن التواطؤ يفقد التسجيل : « ونستطيع أن نوجه هذا الرأى من الناحية الفنية —

١٣٦ - في قانونه السجل العيني : جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يقيد في السجل العيني تبقى قائمة بعد أن يقيد في هذا السجل . فيبقى البيع بعد قيده ، كما كان قبل قيده ، منشأاً للالتزامات شخصية في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع ، ومنشأاً للالتزامات شخصية في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المقيد بداهة بالشفعة .

ويزيد البيع المقيد في آثاره على البيع غير المقيد في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير . والذي ينقل الملكية هنا ، بخلاف ما قررناه في قانون الشهر العقاري ، هو نفس القيد في السجل العيني وليس عقد البيع . وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري مهمته شهر المحرر على علته ، فيبقى البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل ، فإن كان باطلاً يبقى على بطلانه لأن التسجيل لا يصحح البطلان ، والذي ينقل الملكية في قانون الشهر العقاري هو العقد ذاته وليس التسجيل (١)

= بأحد طريقتين : الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الفش يفقد التصرف ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الفش والتواطؤ وجب أن يكون باطلاً ، والتسجيل لا يصححه . أويقال إن المشتري الثاني المتواطئ مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل في حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته في العقار المبيع بتسجيل سنده والطريق الثاني . هو الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسأير في هذا الطريق بحكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠) . . . وفي الحالة التي نحن بصددنا قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إغسار بالتمس المقصود في الدعوى البولصية مادام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تن بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويملكه بعد ذلك بتسجيل سنده (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٤ - ص ٥٥٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

أما في السجل العيني فالأمر يختلف ، فجرد القيد في السجل له حجية مطلقة ، وهو الذى ينقل الملكية كما قلنا . وإذا قيد البيع في السجل العيني ، لم يعا من الحائز الطعن فيه بالتزوير ، ولا بأنه صادر من غير مالك . وجميع البيانات الواردة في السجل العيني تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة في حق جميع الناس ، وتصل هذه الحجية إلى حد أنه لو قيد عقد البيع في السجل العيني فانتقلت الملكية إلى المشتري بهذا القيد ، بقی المشتري مالكا للعقار المبيع حتى لو خرج العقار من تحت يده إلى يد حائز استمر واضعا يده عليه المدة المقررة للتقادم ، ولا يملك الحائز العقار بالتقادم . وتنص المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على أنه « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » (١) . ذلك أن قانون السجل العيني يتحرى في إجراءاته أقصى ما يمكن من الدقة حتى لا يثبت فيه من البيانات إلا ما كان صحيحا ، سواء عند قيد الحقوق في صحائفه لأول مرة ، أو بعد قيدها وورود تصرفات عليها فيما بعد . ففي القيد الأول، تكفلت المواد ١٠ - ٢٠ من قانون السجل العيني بوضع إجراءات دقيقة لهذا القيد حتى يطابق الحقيقة بقدر المستطاع ، وتكفلت المواد ٢١ - ٢٥ من نفس القانون بتنظيم إجراءات تكفل الثبوت من صحة البيانات الواردة بالسجل عن طريق فتح باب المعارضة فيها لجميع ذوى الشأن ، والبت فيما عسى أن يقدم من الاعتراضات بواسطة لجنة قضائية يجوز استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف . وعند التصرف

(١) وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد . وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني . في هذا الصدد : « يقضى مبدأ القوة المطلقة - وهو من المبادئ الأساسية في نظام السجل العيني - بأنه إذا اكتسب شخص حقاً على عقار تأسيساً على قيود وتأثيرات في السجل ، فإن هذه القيود تعتبر دليلاً على مشروعية الحق الذى اكتسبه في مواجهة الغير . ويعتبر أنه اكتسب الحق من المالك الحقيقي ، ويقتضى له ما اكتسب حتى ولو كان اكتسابه من غير مالك . وأخذاً بهذا المبدأ نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فعطرت بذلك التملك بالتقادم - كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى منتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل » .

في الحقوق ، لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العيني (م ٤٨ من قانون السجل العيني) ، وإذا قام اعتراض رفع الأمر إلى اللجنة القضائية للبت فيه على الوجه المبين في قانون السجل العيني . لهذا كله يكون مستساغاً أن تكون للبيانات الواردة في السجل العقاري هذه الحجية المطلقة ، وهذه الحجية هي حجر الزاوية في نظام السجل العيني كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون السجل العيني وهي تعدد مزايا هذا النظام ، فتجعل على رأسها « تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان ممثلاً للحقيقة ونقياً من أى عيب عالق بسند الملكية بعدمضى مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني ، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كما لك للعقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضى أن يوثق بالدعوى التي ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه » . وتعدد المذكرة الإيضاحية أيضاً من مزايا نظام السجل العيني « حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فمن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر في ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة القيد في السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلاً بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع » (١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٨ في آخرها بالهامش .

ونتابع هنا البيع المقيد في السجل العيني ، كما تابعنا البيع المسجل في مكتب الشهر العقارى . في نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير .

١ - فالبيع المقيد في السجل العيني ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد قيد البيع في السجل العيني وقبل تسليم العقار المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . وهنا لا مجال للخلاف في أن الملكية تنتقل للمشتري ، حتى في العلاقة بينه وبين البائع ، من وقت قيد البيع في السجل العيني لا من وقت إبرام البيع ، فليس للقيد أى أثر رجعى . وإذا صح أن يقوم خلاف في قانون الشهر العقارى فيما إذا كان للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين (١) ، فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم في قانون السجل العيني ، إذ الملكية فيه تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت القيد ، وليس للقيد أثر رجعى ما في ذلك من ريب . والذي دعا للخلاف في هذه المسألة في قانون الشهر العقارى هو أن الملكية فيه تنتقل بالبيع لا بالتسجيل كما أسلفنا ، فأمكن القول بأن الملكية تنتقل من وقت إبرام البيع فيما بين المتعاقدين ، ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . أما في نظام السجل العيني فالملكية تنتقل بالقيد لا بالبيع كما سبق القول ، فلم يعد هناك شك في أنها لا تنتقل إلا من وقت تمام القيد ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو كان فيما بين المتعاقدين . فالقيد وحده هو الذى ينقل الملكية ، وبتمامه ، ومن وقت تمامه ، تنتقل ، حتى فيما بين المتعاقدين . وإذا كانت محكمة النقض تصر على أن الملكية في قانون الشهر العقارى تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل كما سبق أن بينا (٢) ، فليس ذلك في نظرنا إلا تعجلا لترتيب النتائج التى تستخلص من نظام السجل العيني . وقد رتبنا على

(١) انظر آتفاً فقرة ١٣٥

(٢) انظر آتفاً فقرة ١٣٥ .

التسجيل ما لا يترتب إلا على القيد استباقا للحوادث ، ونهيدا لإدخال نظام السجل العيني . وتأليفا للمتعاملين على خصائص هذا النظام حتى قبل دخوله . وقد بينا أن ذلك لا يخلو من خلط بين نظامين متعارضين لكل نظام خصائصه : نظام الشهر الشخصي ونظام السجل العيني (١) .

٢ - والبيع المقيد في السجل العيني ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بداهة إلا من وقت إجراء قيد

(١) أنظر آنفا ص ٢٦٦ هامش ٢ - ونذكر هنا ، على سبيل المثال ، حالتين أخذت محكمة النقض في إحدهما بحل يتفق مع الأثر الرجعي للتسجيل وعلته بعلته أخرى ، وأخذت في الحالة الثانية وهي تطبق قانون الشهر العقاري بحل لا يتفق إلا مع السجل العيني : (الحالة الأولى) إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، فقد اعتبرته محكمة النقض في حكم الباني بسوء نية في أرض غيره ، ولا يستقيم ذلك إلا مع القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، وإن كانت محكمة النقض عللت ذلك بأن البائع ملتزم بتسليم العقار المبيع بحالته التي هو عليها وقت البيع . وهذه الحالة لو طبق عليها قانون السجل العيني يختلف حلها ، إذ لا مجال للقول بالأثر الرجعي في هذا القانون كما بينا . فلا مناص إذن من القول بأن البائع قد بنى في ملكه لا في ملك غيره ، مادام أنه قد أقام البناء قبل قيد البيع في السجل العيني . فإذا طالبه المشتري بتسليم الأرض بالحالة التي كانت عليها وقت البيع ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها . وإذا أراد المشتري استبقاء البناء ، وقبل البائع منه ذلك ، ولم يتفق معه على القيمة التي يدفعها ، طبقت قواعد الإثراء على حساب الغير ودفع المشتري أدنى القيمتين ، ما أنفقه البائع في البناء وهو القدر الذي اقتصر به أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء وهو القدر الذي اختفى به المشتري . ويجوز للبائع أن يهدم البناء مع إعادة الأرض إلى أصلها ، حتى لو أراد المشتري استبقاء البناء فهو لا يستبقيه إلا إذا رضى البائع بذلك . ويتبين مما قلناه أننا هنا نطبق القواعد العامة ، ولا نطبق قواعد الالتصاق . (الحالة الثانية) إذا بيع عقار مجاور للعقار المبيع وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب المشتري الأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده ثم سجل العقد . فهنا لم تطبق محكمة النقض الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، واعتبرت المشتري الذي يطلب الأخذ بالشفعة غير مالك للعقار المشفوع به إلا من وقت التسجيل ، فلا يحق له الأخذ بالشفعة . وهذا الحل لا يستقيم إلا في نظام السجل العيني ، ففي هذا النظام لا يمكن القول بأن المشتري الذي يطالب بالشفعة أصبح بعد أن قيد عقده مالكا بأثر رجعي فيحق له الأخذ بالشفعة . ولا مناص من القول بأنه لا يملك الأرض المشفوع بها إلا من وقت قيد البيع في السجل العيني ، ومن ثم لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة . ويجب في هذه الحالة التسليم بأن البائع للأرض المشفوع بها لا يزال مالكا مادام عقد البيع لم يقدر ، ويكون هو الذي توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة . فإن أخذ العقار المجاور بالشفعة ، جاز له عندئذ أن يبيعه لمن اشترى من الأرض أو لغيره ، وجاز له أيضا أن يستبقيه لنفسه .

البيع في السجل العيني . فلو أن شخصا باع عقارا لمشتري ، وقبل أن يقيد هذا المشتري عقد البيع باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان وقيد هذا المشتري الثاني البيع قبل أن يتمكن المشتري الأول من قيد عقده ، فإن المشتري الثاني دون المشتري الأول هو الذي تنتقل إليه الملكية . ويكون هذا القيد صحيحا ، ويحتج به على المشتري الأول ، ولو كان المشتري الثاني سيء النية وقت أن اشتري أى كان يعلم بسبق تصرف البائع في العقار ، بل ولو كان متواطئا مع البائع ، فإن القيد في السجل العيني لا يفسده سوء النية ولا يفسده التواطؤ لأن له حجية مطلقة كما قدمنا . وهذا بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، فقد قدمنا (١) أنه إذا كان سوء النية لا يؤثر في صحته فإن التواطؤ يفسده ، لأن التسجيل ليست له الحجية المطلقة التي للقيد . وقد رأينا أن محكمة النقض قضت بغير ذلك ، وبأن التواطؤ لا يفسد التسجيل في قانون الشهر العقاري . وقد تعجلت محكمة النقض هنا ، كما تعجلت في نفي الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، النتائج التي لا تستخلص إلا من نظام السجل العيني ، وذلك سعيا منها دائما في التمهيد لاتصال نظام السجل العيني . وقد كادت في سبيل ذلك أن تعطى للتسجيل الحجية المطلقة التي للقيد ، مع فرق ما بين النظامين ، ومع مافي نظام السجل العيني من ضمانات قوية تعوز نظام الشهر الشخصي ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٢) . ونرى أنه في نظام السجل العيني إذا اقترن القيد بالتواطؤ ، وطعن المشتري

(١) أنظر آنفاقرة ١٢٥ .

(٢) أنظر آنفا ص ٢٧٩ هامش ٣ - وهذا مايقوله الدكتور محمود شوقي ، وكان الأمين انعام لمصلحة الشهر العقاري فخير نظام الشهر الشخصي من الناحية العملية : « ولاعبرة للقول بأن قانون تنظيم الشهر العقاري قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيني ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة . إذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت في سبيل الإصلاح الهائي المرتقب ، والذي يجب أن يمسك فيه السجل العيني . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضيا من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصي عموما ، وعلى الأخص في مصر حيث الملكية العقارية مازالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضبط حل أساس سليم » (محمود شوقي في الشهر العقاري علما وعملا ص ٢١٣ - ص ٢١٤) .

الأول الذى لم يقيد عقده بالدعوى البولصية فى البيع الصادر للمشتري الثانى الذى قيد عقده . فان هذا الطعن لا يؤثر فى القيد بالرغم من اقترانه بالتواطؤ . لأن القيد فى السجل العيني له حجية مطلقة كما قدمنا . ولا يستطيع المشتري الأول إلا أن يرجع بالتعويض على كل من البائع والمشتري الثانى متضامنين لتواطؤهما ، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية . وإذا كان عقد البيع يفسده التواطؤ ، فان التواطؤ لا يفسد القيد ، والملكية قد انتقلت إلى المشتري الثانى بالقيد لا بعقد البيع .

المطلب الثانى

التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصل

§ التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٧ - العقود الماسة الواجبة الشهر : تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها . . . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالاً موروثة (١) » . ويخضع هذا النص للتسجيل ، لا العقود الكاشفة فحسب . بل أيضاً التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية الكاشفة . والعقود الكاشفة ، الواجبة التسجيل بموجب هذا النص ، عقدان :

(١) عقد القسمة ، أى القسمة بالتراضى ، إذا وقع العقد على عقار : وقد قدمنا عند الكلام فى القسمة ، فى الجزء الثامن من الوسيط ، أنها كاشفة للحق . فإذا كان هناك عقار شائع بين عدة شركاء وأجرى الشركاء قسمته بالاتفاق فيما بينهم ، كانت القسمة رضائية أى عقداً أطرافه هم الشركاء فى العقار . ولما كان أثر القسمة هو إفراز حصة كل شريك فى العقار الشائع . فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه . فان عقد القسمة هذا وهو يتناول الملكية فيحولها من ملكية

(١) بقى هذا النص على ماله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق : م ٢١/٨ من المشروع .

ويطبق فى قانون السجل العيني المادة ٢٧ من هذا القانون .

شائعة إلى ملكية مفرزة ، يكون واجب التسجيل . وتوجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، كما رأينا ، تسجيل القسمة « ولو كان محلها أموالاً موروثة » . والميراث هو من أهم أسباب الشيوع فى الملكية ، فإذا آل عقار بالميراث إلى عدة ورثة ، فإنهم يملكون هذا العقار فى الشيوع . فإذا قسموه بموجب عقد قسمة رضائية ، وجب تسجيل هذا العقد . وقد كان حق الإرث غير واجب الشهر فى عهد التقنين المدنى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، ولم يصبح واجب الشهر إلا فى قانون الشهر العقارى . لذلك نبت رأى ، فى عهدى التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، يذهب إلى أنه لما كانت القسمة كاشفة عن الحق ، فإن القسمة بين الورثة تكون كاشفة عن حقوقهم لا منشئة لها ، ويكون سبب الملك هنا هو الإرث لا القسمة . وإذا كان الإرث غير واجب الشهر فى العهدين المشار إليهما ، فإن القسمة بين الورثة ، ويرجع سبب الملك فيها إلى الإرث كما قدمنا ، لا تكون واجبة الشهر . وعيب هذا الرأى أنه إذا لم تشهر القسمة بين الورثة ، لم يستطع الغير أن يعلم إذا كان الورثة لا يزالون باقين فى الشيوع أو أنهم قسموا التركة فيما بينهم ، ولا يأمن أن يتعامل مع وارث منهم إذ لا يستطيع أن يعلم إذا كانت حصته فى التركة قد أفرزت بالقسمة أو أنها لا تزال شائعة . لذلك قضت محكمة النقض بوجوب تسجيل القسمة حتى لو كان محلها أموالاً موروثة^(١) ، وردد قانون الشهر العقارى هذا الحكم بما نص عليه من وجوب تسجيل القسمة حتى « لو كان محلها أموالاً موروثة » كما سبق القول .

وقد يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع فى العقار لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، فلا يجوز لأحد منهم طلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة . ولكن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الخلف الخاص للشريك ، كحصة لخصه هذا الشريك الشائعة ، إلا إذا سجل . فإذا سجل سرى فى حق هذا المشتري ، ولا يستطيع وقد أصبح شريكاً فى الشيوع مكان سلفه أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق على بقاء الشيوع فيها . أما إذا لم يسجل الاتفاق ،

(١) نقرر مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ .

فانه لا يسرى في حق المشتري ، ويستطيع هذا أن يطلب القسمة في أى وقت ليفرز على الأقل حصته ، ولو كان ذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها . ولكن يشترط أن يكون المشتري حسن النية : أى أنه لا يعلم بوجود الاتفاق على البقاء في الشيوع فإذا كان يعلم بوجود هذا الاتفاق سرى في حقه ولو لم يسجل .

وإذا وقع في القسمة الرضائية غبن يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون نقضها ، إلا إذا أكل له الشركاء الآخرون ما نقص من حصته نقدا أو عينا . ودعوى نقض القسمة في العقار للغبن يجب تسجيل صحيفتها وتسجيل الحكم فيها ، على الوجه الذى سنبينه عند الكلام في تسجيل الدعاوى (١) . فإذا أكل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا لوقف سير دعوى النقض ، وجب شهر السند المثبت لدفع التكملة نقدا ، سواء كان إيصالا من الشريك المغبون أو محضرا للجلسة التى تم فيها الدفع . ويكون شهر هذا السند بطريق التأشير الهامشى ، على هامش تسجيل صحيفة دعوى نقض القسمة أو على هامش تسجيل عقد القسمة نفسه ، بما يفيد هذا الدفع وانقضاء الدعوى تبعا لذلك . أما إذا أكل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون عينا فترتب على ذلك تعديل في أنصبة الشركاء المفرزة ، فانه يصح تحرير محضر رسمى أمام المحكمة بما جرى من التعديل في أنصبة الشركاء ، وتسجيل هذا المحضر مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة إن كان قد تم تسجيله . ويصح كذلك أن يحور بهذه التكملة وما تستتبع من التعديل في الأنصبة عقد بين الشركاء ، ويسجل هذا العقد بالطريقة التى تم بها تسجيل عقد القسمة الأصيل ، مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة (٢) .

وفي قسمة المهايأة المكانية ، إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة فانقلبت قسمة نهائية ، وجب تسجيلها عندئذ بنفس الطريقة التى يسجل بها عقد القسمة الرضائية .

(١) أنظر مايل فقرة ١٤٤ .

(٢) أنظر في ذلك محمود شوق في الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

(٢) عقد الصلح : وقد قدمنا عند الكلام فى الصلح فى الجزء الخامس

من الوسيط أنه عقد كاشف للملكية ، فيجب إذن تسجيله إذا وقع على عقار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . فاذا تصالح شخصان بعقد جرراه فيما بينهما على حقوق متنازع عليها ، وكان ضمن هذه الحقوق حق عيى عقارى أصلى ، وجب تسجيل هذا الصلح . فاذا كان النزاع على دار وأرض ، وتصالح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، وجب تسجيل عقد الصلح فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الدار ، وكذلك فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الأرض .

وقد يتضمن الصلح حقوقا غير متنازع عليها ، وفى هذه الحالة يكون له أثر كاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع عليها وأثر ناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع عليها . فاذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار فى نظير أن يعطى للآخر أرضا ، فهذا الصلح له أثر كاشف بالنسبة إلى الدار وأثر ناقل بالنسبة إلى الأرض . ويجب تسجيله بالنسبة إلى الدار فى مكتب الشهر الواقع فى دائرته الدار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، ومن ثم يحتج بتسجيله على الغير ، أما فيما بين المتعاقدين فلا حاجة إلى التسجيل لأن العقد يعتبر كاشفا عن الملكية كما سئرى . وكذلك يجب تسجيله بالنسبة إلى الأرض فى مكتب الشهر الواقع فى دائرته الأرض طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، ولا يسرى قبل التسجيل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين لأن العقد يعتبر بالنسبة إلى الأرض ناقلا للملكية .

والحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) الذى تم بين الخصوم فى دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء لا يعتبر حكما إلا من الناحية الشكلية ، وهو لا يخرج من الناحية الموضوعية عن كونه عقدا تم بين الخصوم فى ورقة رسمية ، هى محضر الصلح ، وثقها القاضى فى حدود سلطته الولاية . وهذا بخلاف الحكم الاتفاقى (jugement convenu) ، وصورته أن يعمد الخصمان فى أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع باتزال ما يطلبه المدعى إلى قدر معين ، فيعدل

المدعى طلباته إلى هذا القدر ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسع القاضى فى هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات . والحكم الصادر على هذا النحو إنما هو فى الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سعى بالحكم الاتفاقى . ولكنه يختلف فى طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، إذ هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية^(١) . وسواء كان الحكم صادرا بالتصديق على محضر الصلح أو كان حكما اتفاقيا فإنه يجب فى الحالتين تسجيله . فيسجل فى الحالة الأولى باعتباره عقد صلح ؛ ويسجل فى الحالة الثانية باعتباره حكما كاشفا عن الحق كما سيجىء .

١٣٨ - التصرفات المأثقة الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر :

ونذكر من هذه التصرفات الإقرار للغير بملكية عقار ، وإقرار العقد الصادر من الغير ، وإجازة العقد القابل للإبطال ، وترك الحق فى التقادم . أما الإقرار (reconnaissance) للغير بملكية عقار ، فتارة يكون تصرفا إنشائيا فيجب تسجيله على أنه تصرف إنشائى بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، وتارة يكون تصرفا كاشفا فيجب تسجيله على أنه تصرف كاشف بموجب المادة ١٠ من هذا القانون . فإذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع ، وأراد المشتري أن يتصرف فى العقار بالبيع مثلا ، فطولب بسند ملكيته فوجد أنه سند غير مسجل وأن البائع لا يزال مالكا للعقار ، جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشتري عند البيع الصادر من هذا الأخير مقرين بملكية المشتري للعقار . ويعتبر الإقرار بالملك فى هذه الحالة . وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لتصرف بالبيع صادر من البائع أو ورثته للمشتري ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى . وإذا أراد مالك فى الشيوع أن يتصرف فى جزء مفرز من العقار الشائع ، ووقع العقد معه شركاؤه فى الشيوع مقرين : اكتبته لهذا الجزء المفرز ، اعتبر الإقرار بالملك هنا ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لقسمة بين الشركاء فى الشيوع نتج عنها إفراز حصة الشريك

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط • فقرة ٢٥٥ .

المقرره بالملك ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف كاشف عن الملك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى (١) .

وإقرار العقد الصادر من الغير (confirmation) تصرف صادر من جانب واحد . فإذا باع شخص عقارا مملوكا لغيره ، وأقر المالك الحقيقى هذا البيع ، فإن بيع ملك الغير هنا ينقلب صحيحا بالإقرار ، وتنقل ملكية العقار للمشتري بالبيع . أما الإقرار الصادر من المالك الحقيقى فهو تصرف صادر من جانب واحد ، وهو إقرار كاشف لا ناقل ، ومن ثم يجب تسجيله مع البيع على أنه من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، أو التأشير به على هامش تسجيل البيع إن كان البيع قد سجل (٢) .

واجازة العقد القابل للإبطال (ratification) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من المتعاقد عن التمسك بحقه فى إبطال العقد ، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة . فإذا باع قاصر عقارا مملوكا له ، وعند بلوغه سن الرشد أجاز العقد ، فإن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري بالبيع . أما الإجازة فهى تصرف صادر من جانب واحد ، مثلها فى ذلك مثل إقرار بيع ملك الغير فى الفرض المتقدم . ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير ، وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة

(١) انظر محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٣٢ - ٣٣٣ - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص ، فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقررأ للملكية لامنتحنا لها ، ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١١٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إجازة الورثة لوصية ليست منشئة للحق ، حتى يسند التملك إلى الوارث . وعلى ذلك فإذا كان الإقرار الوارد بعقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو إجازة من الابن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنات فى حدود ثلث التركة لكل منهما ، فهو إقرار مقرر صادر من الابن لهما ، ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن هذا الإقرار (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ١٢٦) .

بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، أو يوثق بها على هامش تسجيل البيع إن كان قد سجل (١) .

وترك الحق فى التقادم (renonciation) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من الخصم عن حقه فى التمسك بالتقادم . فإذا حاز شخص عقارا المدة الواجبة للتمسك بالتقادم ، فإنه لا يملك العقار بالتقادم إلا إذا تمسك به . فإذا نزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فإن العقار يبقى على ملك مالكة الأصل ، وسبب الملك هنا هو السبب الأصل الذى تملك به هذا المالك ، عقدا كان أو ميراثا أو وصية أو غير ذلك . أما النزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحد ، وقد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصل للعقار لا يزال مالكا له . فإذا صدر هذا النزول من الحائز فإنه لا يسرى فى حق الغير إلا إذا سجل باعتباره من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . وعلى ذلك لو تمت مدة التقادم المكسب للملكية العقارية ، ونزل الحائز عن التمسك بالتقادم ولم يسجل هذا النزول ، ثم باع هذا العقار باعتباره مالك إياه بالتقادم لشخص آخر ، جاز للمشتري أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة البائع له (م ٣٨٧ و ٩٧٣ مدنى) ، ولا يحتاج عليه بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل (٢) .

١٣٩ - الأوامر المأمرة الواجبة الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل « الأحكام النهائية المقررة . لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية » . ويمكن القول هنا ، كما قلنا ، فى الأحكام المنشئة واجبة التسجيل (٤) ، أن الأحكام الصادرة بصحة التعاقد فى عقدى القسمة والصلح الواقعين على عقار هى أحكام مثبتة لوقوع عقد القسمة

(١) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ - ٦٣ فقرة ٢٠ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٧ .

(٢) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ - ص ٦٣ فقرة ٢٢ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٨ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٣٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

أو لوقوع عقد الصلح . ومن ثم تكون أحكاما كاشفة عن حق عيني عقارى أصلى . فيجب إذن تسجيلها باعتبارها أحكاما كاشفة ، بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولكن قد يقال هنا أيضا إن قانون الشهر العقارى قد نص : دعاوى صحة التعاقد ، بالذكر فى المادة ٢/١٥ منه ضمن الدعاوى الواردة فى الشهر وكذلك الأحكام النهائية الصادرة فى هذه الدعاوى بموجب المادة ١٦ منه ، فهى إذن تسجل بموجب هاتين المادتين لا بموجب المادة ١٠ . ولكن يبقى بعد ذلك ، عدا أحكام صحة التعاقد ، أحكام كاشفة لاتصل بعقود سابقة ، بل هى تكشف بذاتها عن حقوق عينية عقارية أصلية ، فيجب إذن تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ونذكر من هذه الأحكام الحكم الصادر فى القسمة القضائية ، والحكم الاتفاقى ، والحكم بارساء المزاد على الشريك ، والحكم بارساء المزاد على الحائز للعقار .

فالقسمة إذا كانت قسمة قضائية عقارية تم بحكم هو الذى يكشف عن حقوق المتقاسمين ، ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم باعتباره حكما كاشفا وذلك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولا تخضع عريضة دعوى القسمة للشهر ، لأن هذه الدعوى ليست من الدعاوى الواجب شهرها بموجب المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى ، وإنما يجب شهرها بموجب المادة ١٠ من هذا القانون كما قدمنا .

وقد رأينا (١) أن الحكم الاتفاقى (jugement convenu, jugement d'expédient) (هو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفاق على تعديل طلبات المدعى ، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات . فالحكم إذن نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقى . وهذا الحكم هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية ، فإذا كان محله ملكية عقار كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية أصلية ، ووجب تسجيله على هذا الاعتبار بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

(١) أنظر اتفاقا ١٢٧ .

ورأينا (١) كذلك أنه إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته، ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة لا بيعا . ويجب تسجيل حكم مرسى المزاد في هذه الحالة ، ولكن تسجيله يكون على اعتبار أنه حكم كاشف ، فيتم بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

ورأينا كذلك (٢) أنه إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن هذا الحائز يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن الملكية لا ناقلا . ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه حكم كاشف ، ويتم التسجيل بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

أما الحكم الصادر في دعوى نقض القسمة الرضائية للغير ، فهو لا يدخل ضمن الأحكام الكاشفة الواجب تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، ولكن يدخل ضمن الأحكام الصادرة في دعاوى الغرض منها الطعن في تصرف هو عقد القسمة ، فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة ١/١٥ من قانون الشهر العقارى ، ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة ١٦ من نفس القانون كما سيجىء .

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولاً - التصرف أو الحكم قبل أنه يشهر :

١٤٠ - في قانونه الشهر العقارى : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠

من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٢ .

(٣) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/٨

من المشروع) . وانظر آنفاً فقرة ١٣٧ - وأضيف في آخر المادة ٨ من هذا المشروع الفقرتان ٣ و٤ الآتيتان : « ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصفة التعاقد عليها أن يطلب قصر الشهر على حصته ، ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع . كما يجوز له قصر شهر الحكم على نصيبه في جهة معينة ، وعلى المكتب الذى تم فيه الشهر أن يخطر مكاتب الشهر الواقع بدائرتها باقى الأعيان موضوع القسمة للتأشير بذلك . وتنظم اللائحة التنفيذية طريقة الإخطار وميعاده والجهات التى يحصل بها التأشير » .

ونتخذ القسمة نموذجاً للتصرفات والأحكام الكاشفة ، كما اتخذنا البيع نموذجاً للتصرفات والأحكام المنشئة أو الناقلة أو المعدلة أو المنهية ، وذلك لنفس الاعتبارات (١) .

والذى يفهم من النص سالف الذكر أن القسمة ، رضائية كانت أو قضائية ، إذا لم تسجل ، فإنها تنتج مع ذلك أثرها فيما بين المتقاسمين ، ولكنها لا تكون حجة على الغير . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لذلك ، بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسوم : وبأنه لا يحتاج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (٢) . والسبب فى أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو كانت غير مسجلة أنها تكشف عن ملكية الشريك المفرزة دون أن تنشئها ، والكشف عن الملكية المفرزة فيما بين المتعاقدين أمر يقع بمجرد حصول القسمة لأن القسمة هى ذاتها التى تكشف عن ذلك . ولا محل لتراخى هذا الأثر إلى وقت تسجيل القسمة ، لأن التسجيل مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى مجرد إعلام الغير بوقوع القسمة حتى تدخل فى حسابهم عند التعامل مع الشركاء فى العقار الذى انتهى فيه الشيوع بالقسمة . وهذا هو الذى يعلل أيضا أن القسمة لا تكون حجة على الغير إلا من وقت تسجيلها ، فقبل التسجيل يفترض أن الغير لا يعلم بالقسمة ، فمن حقه أن يتعامل مع الشركاء فى العقار باعتبار أنه باق على الشيوع .

ويترتب على أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو لم تسجل أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر مالكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه . فلو وضع أحد الشريكين يده على العقار ، كان للشريك الآخر أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة بالذات التى وقعت فى نصيبه ، وليس له أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة التى لم تقع فى نصيبه بل وقعت فى نصيب شريكه . ولو أجر أحد الشريكين الحصة

(١) أنظر آف فقرة ١٢٢ .

(٢) نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ .

المفرزة التي وقعت في نصيبه يعتبر الإيجار صادرا من مالك ، لأن المستأجر [لا يعتبر من الغير تكون القسمة نافذة في حقه ولو قبل تسجيلها . أما إذا اجر الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب شريكه . فإن الإيجار يعتبر صادرا من غير مالك . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له ، وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفي الخصومة في دعوى القسمة ، وإن كان واجبا بالنسبة إلى الغير وهم من لم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصي ، فإن هذا الذي قرره لا خطأ فيه

ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٦ (١) والجار الملاصق لأحد جانبي العقار المقسوم لا يعتبر هو أيضا من الغير لأنه ليس له حق عيني على هذا العقار ، فتنفذ القسمة في حقه ولو قبل تسجيلها ، ولكل من الشريكين أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة ، كما أن له أن يحتج بهذه القسمة غير المسجلة على كل منهما . فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاخص أحدهما بالقسم الشرقي من الأرض والآخر بالقسم الغربي ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقي أرضه ، لم يجوز للشريك الذي وقع في نصيبه القسم الغربي الأخذ بالشفعة ولو لم تكن القسمة قد سجلت . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق ، غير مالك للقسم الشرقي الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة (٢) . والذي يأخذ بالشفعة في هذه الحالة هو الشريك الذي وقع في نصيبه القسم الشرقي ، لأنه هو الجار الملاصق للعقار المشفوع فيه .

ولا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير . والغير هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون ، وذلك

(١) نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عام جزء ٢ ص ٨٥٥ .

(٢) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ .

كمن اشترى قبل القسمة من أحد الشركاء في الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البيع . فاذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصته شائعة في العقار المقسوم ، وسجل المشتري البيع قبل أن تسجل القسمة ، لم يجوز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تسجل قبل تسجيل البيع (١) ، ويكون للمشتري طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المباعة ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذ لا يزال العقار شائعا في حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه (٢) . أما المشتري لجزء مفرز قبل القسمة ، فلا يعتبر من الغير لأنه لم يثبت له حق عيني على العقار الشائع قبل قسمته . وقد قضت محكمة النقض بأن الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ، ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ مدني من أن التصرف الذي انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها ، حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢) .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - ولكن يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة في مواجهة الشركاء ، إذ أن القسمة غير المسجلة وإن لم يجوز للشركاء أن يحتجوا بها عليه يجوز له هو أن يحتج بها عليهم . وعلى ذلك يجوز للمشتري أن يعند بهذه القسمة ، ويستولي على حصة الشريك البائع التي أقرزت بموجب القسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان تسجيل القسمة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه ، فانه يكون له أن يرفض القسمة التي تمت ، ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذي شرع لفائدته (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ٤٣) .

مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (١) .

(١) نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ : - وقد قضى هذا الحكم بأنه إذا كان التصرف في الجزء المفرز لا حقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذي خصص له في القسمة ، وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بنى حقه على أساس القسمة التي تمت لا على أساس أن الشيوع مازال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثاني) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - في هذه الحالة لا يتلق المشتري حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه مالم تخصصه للبائع له ، وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشتري إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت ، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة . وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا اقتصم شريكان أرضا واختص كل منهما بجزء مفرز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز ، فإن المشتري لهذا النصيب لا يعتبر « غيرا » بالمعنى الفني ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥ ص ٤٣) .

ويخلص من أحكام محكمة النقض ما يأتي : (١) إذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، اعتبر المشتري من الغير في القسمة ، فلا يحتج عليه بها إذا كان قد سجل سند قبل تسجيل القسمة . (٢) إذا باع شريك قبل القسمة جزءا مفرزا من العقار الشائع ، لم يعتبر المشتري من الغير في القسمة ، ويحل فيها محل الشريك البائع له ، فيخلص له الجزء المفرز الذي اشتراه ذاته إذا وقع هذا الجزء في نصيب البائع له ، أما إذا لم يقع فإن حقه ينتقل إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع له . (٣) إذا باع -

١٤١ - في قانونه السجل العيني : ويختلف حكم التصرف الكاشف

غير المقيّد في قانون السجل العيني عن حكم التصرف الكاشف غير المسجل في قانون الشهر العقاري ، إذ قد نصت المادة ٢٧/١ من قانون السجل العيني على أنه « يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » . وهذا الحكم طبعي ، فإن القيد في قانون السجل العيني ، بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، هو الذي ينشئ الحقوق العينية أو يكشف عنها ، وليس للتصرف أثر في ذلك . فإذا لم يقيد التصرف في السجل العيني ، لم يكن له من أثر غير إنشاء التزامات شخصية بين ذوي الشأن . وإذن يكون حكم القسمة غير المقيدة في السجل العيني هو نفس حكم البيع غير المقيّد في هذا السجل ، فلا تكون هذه القسمة مما تكشف عنه من حقوق عينية حجة على الغير ولا فيما بين ذوي الشأن .

= شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها الجزء المفروز الذي وقع في نصيبه بالقسمة ، لم يعتبر المشتري من الغير في القسمة ، لأنه بني حقه على أساس القسمة التي تمت وارتضى شراء الجزء المفروز الذي وقع في نصيب البائع له . (٤) إذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها جزءاً مفزراً لم يقع في نصيبه ، اعتبر المشتري من الغير في القسمة ، ولا يحتاج عليه بها إذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة ، وله إذا لم يرتض القسمة أن يعتبر نفسه مالكا في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

وإذن يجب التمييز ما إذا كان الشريك قد باع حصته في الشيوع ، أو باع جزءاً مفزراً من العقار الشائع . فإذا باع حصته في الشيوع ، فإن المشتري لهذه الحصة الشائعة يعتبر دائماً من الغير ، سواء اشترى قبل القسمة أو بعدها ، لأنه قد ثبت له حق عيني على العقار الشائع ، فإذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة لم يجز الاحتجاج عليه بالقسمة . أما إذا باع الشريك جزءاً مفزراً من العقار الشائع ، فإذا كان البيع سابقاً على القسمة لم يعتبر المشتري من الغير وحل محل الشريك البائع له في الجزء المفروز الذي يخلص لهذا الشريك بالقسمة . وإذا كان البيع تالياً للقسمة وكان واقفاً على نفس الجزء المفروز الذي خلس بالقسمة للشريك البائع ، فإن القسمة تسري في حق المشتري ، ويعتبر أنه قد ارتضى شراء هذا الجزء المفروز . وإذا كان البيع واقفاً على غير الجزء المفروز الذي خلس للشريك البائع ، فإن القسمة لا تسري في حق المشتري ، وله أن يعتبر نفسه مالكا في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٨٤ في القسمة والتسجيل .

وَيُخْلَصُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْقِسْمَةَ غَيْرَ الْمَقِيدَةِ فِي السَّجْلِ الْعَيْنِيِّ لَا تَكُونُ حُجَّةً عَلَى الْغَيْرِ ، وَكُلُّ مَا قُلْنَاهُ فِي هَذَا الصَّدَدِ فِي شَأْنِ الْقِسْمَةِ غَيْرِ الْمُسَجَّلَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْغَيْرِ فِي قَانُونِ الشَّهْرِ الْعَقَارِيِّ^(١) يَنْطَبِقُ هُنَا . فَتَحْدِيدُ مَا هُوَ الْغَيْرُ فِي قَانُونِ السَّجْلِ الْعَيْنِيِّ هُوَ نَفْسُ تَحْدِيدِهِ فِي قَانُونِ الشَّهْرِ الْعَقَارِيِّ . وَإِذَا بَاعَ شَرِيكَ ، قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَوْ بَعْدَهَا وَلَكِنْ قَبْلَ قِيْدِهَا فِي السَّجْلِ الْعَيْنِيِّ ، حَصَّةً شَائِعَةً فِي الْعَقَارِ الْمَقْسُومِ ، كَانَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَيْرِ . فَإِذَا قِيدَ سَنَدُهُ قَبْلَ قِيْدِ الْقِسْمَةِ لَمْ يَحْتَجْ عَلَيْهِ بِهَا ، وَلَوْ أَنَّ يُطْلَبُ تَثْبِيتُ مَلَكَتِهِ لِلْحَصَّةِ الشَّائِعَةِ الْمُبِيعَةِ وَإِجْرَاءُ قِسْمَةٍ جَدِيدَةٍ ، إِذْ لَا يَزَالُ الْعَقَارُ شَائِعًا مَا دَامَتِ الْقِسْمَةُ لَمْ تَقِيدَ . أَمَّا الْمُشْتَرِي لِحِزٍّ مَفْرُوزٍ مِنَ الْعَقَارِ الشَّائِعِ ، فَسَوَاءٌ اشْتَرَى هَذَا الْحِزَّ الْمَفْرُوزَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَوْ بَعْدَهَا ، وَإِذَا اشْتَرَى بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَسَوَاءٌ اشْتَرَى نَفْسَ الْحِزَّ الْمَفْرُوزِ الَّذِي وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْبَائِعِ لَهُ بِالْقِسْمَةِ أَوْ اشْتَرَى جِزًّا مَفْرُوزًا آخَرَ ، فَإِنَّ الْقِسْمَةَ غَيْرَ الْمَقِيدَةِ لَا تَكُونُ قَدْ أَفْرَزَتْ حَصَّةَ الشَّرِيكَ الْبَائِعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ ، سَوَاءٌ اعْتَبِرَ مِنَ الْغَيْرِ أَوْ لَمْ يَعْتَبِرْ ، لِأَنَّ الْقِسْمَةَ غَيْرَ الْمَقِيدَةَ لَا تَفْرُزُ الْعَقَارَ الشَّائِعَ بِأَيِّ حَالٍ . وَعَلَى ذَلِكَ يَعْتَبَرُ الْمُشْتَرِي لِلْحِزَّ الْمَفْرُوزِ قَدْ اشْتَرَى هَذَا الْحِزَّ مِنْ مَالِكٍ لَا يَزَالُ فِي الشُّبُوعِ ، وَتَسْرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُ الْمَادَّةِ ٢/٨٢٦ مَدَنِيٍّ وَتَنْصَرُّ عَلَى مَا يَأْتِي : « وَإِذَا كَانَ الْمُتَصَرِّفُ مَنْصَبًا عَلَى جِزٍّ مَفْرُوزٍ مِنَ الْمَالِ الشَّائِعِ ، وَلَمْ يَقَعْ هَذَا الْحِزَّ عِنْدَ الْقِسْمَةِ فِي نَصِيبِ الْمُتَصَرِّفِ . انْتَقَلَ حَقُّ الْمُتَصَرِّفِ إِلَيْهِ مِنْ وَقْتِ التَّصَرُّفِ إِلَى الْحِزَّ الَّذِي آلَ إِلَى الْمُتَصَرِّفِ بِطَرِيقِ الْقِسْمَةِ . وَلِلْمُتَصَرِّفِ إِلَيْهِ ، إِذَا كَانَ يَجْهَلُ أَنَّ الْمُتَصَرِّفَ لَا يَمْلِكُ الْعَيْنَ الْمُتَصَرِّفَ فِيهَا مَفْرُوزَةً ، الْحَقُّ فِي إِبْطَالِ التَّصَرُّفِ » .

وَكَذَلِكَ لَا تَنْتُجُ الْقِسْمَةُ غَيْرَ الْمَقِيدَةِ فِي السَّجْلِ الْعَيْنِيِّ أَثَرًا فِي إِفْرَازِ الْعَقَارِ الشَّائِعِ ، حَتَّى فِيمَا بَيْنَ الْمُتَقَاسِمِينَ ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْقِسْمَةِ غَيْرِ الْمُسَجَّلَةِ فِي قَانُونِ الشَّهْرِ الْعَقَارِيِّ فَقَدْ قَدَّمْنَا أَنَّهَا تَنْتُجُ جَمِيعَ أَثَارِهَا فِيمَا بَيْنَ الْمُتَقَاسِمِينَ بِالرَّغْمِ مِنْ عَدَمِ تَسْجِيلِهَا . وَيَتَرْتَبُ عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ غَيْرَ الْمَقِيدَةَ فِي السَّجْلِ الْعَيْنِيِّ لَا تَنْتُجُ أَثَرًا فِي إِفْرَازِ الْعَقَارِ الْمَقْسُومِ فِيمَا بَيْنَ الْمُتَقَاسِمِينَ أَنَّهُ لَوْ قَسَمَ عَقَارٌ شَائِعٌ بَيْنَ

(١) انظر آتفاقرة ١٤٠ .

شريكين ولم تقيد القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر لا يزال ما لكا في الشيوع . وإذا اجر أحد منهما حصة مفرزة ، ولو كانت نفس الحصة التي وقعت في نصيبه بالقسمة غير المقيدة . كان حكم إيجاره هو حكم إيجار حصة مفرزة صادر من مالك على الشيوع . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها . فاختص أحدهما بالقسم الشرقي من الأرض والآخر بالقسم الغربي ، وباع الحار الملاصق للقسم الشرقي أرضه ، وكانت القسمة لم تقيد ، جاز لأى من الشريكين أو لكليهما أن يأخذ بالشفعة ، لأنهما لا يزالان مالكين على الشيوع للأرض المشفوع بها ما دامت القسمة لم تقيد في السجل العيني ، فهما يملكان على الشيوع كلا من القسم الشرقي والقسم الغربي .

ثانيا - التصرف أو الحكم بعد أنه بشر :

١٤٢ - في قانونه الشهر العقارى : رنتخذ هنا أيضا عقد القسمة المسجل نموذجا للتصرف أو الحكم الكاشف المسجل . وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي ترتبها القسمة قبل أن تسجل تبقى قائمة بعد أن تسجل القسمة . فتبقى القسمة بعد تسجيلها ، كما كانت قبل تسجيلها ، منتجة لجميع آثارها فيما بين المتقاسمين .

وتزيد القسمة المسجلة في آثارها على القسمة غير المسجلة في أنها تكون حجة على الغير . وقد سبق تحديد ما هو الغير ، وكيف لا تكون القسمة غير المسجلة حجة عليه (١) ، ولا تزيد هنا على أن نقول إنه في جميع الفروض التي لا تكون فيها القسمة غير المسجلة حجة على الغير ، نكون حجة عليه إذا ما سجلت ، ومن وقت هذا التسجيل . فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها عقارا كان شائعا قبل القسمة ، وكان العقار المبيع لم يقع بالقسمة في نصيب الشريك البائع ، ولكن القسمة سجلت قبل تسجيل البيع ، فإن الشريك الذى وقع في نصيبه بالقسمة العقار المبيع يستطيع أن يحتج بالقسمة على المشتري ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشتري . ويكون تسجيل القسمة صحيحا حتى لو كان المتقاسم الذى وقع العقار في نصيبه سىء النية ،

(١) أنظر آتفاقرة ١٤٠ .

إذ أن سوء النية لا يفسد التسجيل ، وإنما يفسده التواطؤ على الخلاف الذى بسطناه عند الكلام فى تسجيل البيع (١) .

١٤٣ - فى قانون السجل العينى : إذا قيدت القسمة فى السجل العينى ، فإنها تنتج جميع آثارها فى إفراز العقار المقسوم ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتقاسمين . ويلاحظ أن القيد فى السجل العينى له حجية مطلقة ليست للتسجيل فى قانون الشهر العقارى ، وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك (٢) . فإذا قيدت القسمة فى السجل العينى ، لم يعد من الجائز الطعن فيها بالتزوير ، ولا بأنها صادرة من غير مالك . وجميع البيانات الواردة فى السجل العينى فى شأن القسمة المتيدة فيه تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس . ولا يفسد القيد فى القسمة ، كما لا يفسد القيد فى البيع ، لا سوء نية ولا التواطؤ (٣) .

فالقسمة المتيدة تكون حجة على الغير ، فإذا باع الشريك بعد القسمة وقبل قيدها عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار بالقسمة فى نصيب هذا الشريك ، وقيدت القسمة قبل أن يقيد البيع ، احتج الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار المبيع بالقسمة المتيدة على المشتري لهذا العقار . ومن ثم يبقى هذا الشريك مستأثرا بالعقار ، ويرجع المشتري على الشريك البائع بضمان الاستحقاق .

والقسمة المتيدة تنتج أثرها فى إفراز العقار الشائع فيما بين المتقاسمين ، وكانت قبل قيدها لا تنتج هذا الأثر كما سبق القول (٤) . فإذا قسم عقار شائع بين شريكين وقيدت القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر ما لكا لالحصة المفروزة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة . وإذا أجر هذه الحصة كان الإيجار صادرا من مالك ، أما إذا أجر الحصة المفروزة التى وقعت فى نصيب الشريك الآخر كان الإيجار صادرا من غير مالك . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى

(١) أنظر آتفاقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آتفاقرة ١٣٦ .

(٣) أنظر آتفاقرة ١٣٦ .

(٤) أنظر آتفاقرة ١٤١ .

من الأرض والآخر بالقسم الغربي ، وقيدت القسمة في السجل العيني ، وباع الحار الملاصق للقسم الشرق أرضه ، فان الشفيع هنا يكون صاحب القسم الشرق لأنه أصبح ما لكا بالقسمة المقيدة للأرض الملاصقة للأرض المشفوع فيها . ولا يجوز لصاحب القسم الغربي أن يأخذ بالشفعة ، لأنه لم يعد ما لكا إلا لهذا القسم بعد أن قيدت القسمة ، وهو غير ملاصق للأرض المشفوع فيها .

المطلب الثالث

الدعاوى الخاضعة للشهر

§ ١ - أنواع الدعاوى الخاصة للشهر

١٤٤ - دعاوى الطعن في التصرفات الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه « يجب التأشير في هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فاذا كان المحرر الأصلي لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » (١) .

والمحررات واجبة الشهر التي يجب التأشير في هامش تسجيلها بما يقدم ضدها من دعاوى الطعن هي المحررات التي تتضمن تصرفات ناقلة (أو معدلة أو منية) للحقوق العينية العقارية الأصلية (٢) وعلى رأسها عقد البيع ، أو تصرفات منشئة لهذه الحقوق وعلى رأسها العقد المنشئ لحق انتفاع أو لحق ارتفاق ، أو تصرفات كاشفة عن هذه الحقوق وعلى رأسها عقد القسمة . أما دعاوى الطعن في هذه التصرفات التي يجب التأشير بها أو تسجيلها فهي الدعاوى التي تطعن في وجود التصرف ، أو في صحته ، أو في نفاذه .

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (١/١٣م)

من المشروع) .

(٢) وكذلك الحقوق العينية العقارية التبعية كما في عقد الرهن ، والنحو التي يوثقها في هامش قيد الرهن هي دعوى شطب الرهن . وهذه مسألة خاصة باختصاص الحقوق العينية التبعية ، فلا شأن لنا بها هنا .

فالدعوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان : (١) دعوى تنكر وجود التصرف منذ البداية ، وهذه هى دعوى الطعن ببطلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق (كانهدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب) ، ودعوى الطعن بصورية التصرف فىكون التصرف فى هذه الحالة لا وجود له منذ البداية (١) . (٢) دعوى لا تنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلى إلغائه . ويدخل فى هذه الدعاوى : دعوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ودعوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشرط فى العقد يقضى بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ودعوى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول وعدم وجود المانع من الرجوع ، ودعوى حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لسبب يسوغ الحل (م ١/٥٣٠ مدنى) أو انحلالها بسبب طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة لسبب معقول إذا كانت الشركة معينة المدة (م ٢/٥٣١ مدنى) .

والدعوى التى تطعن فى صحة التصرف يتدرج تحتها : (١) جميع دعاوى إبطال التصرف ، لسبب نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (٢) دعوى تقض القسمة الرضائية ، إذا أثبت أحد المتنازعين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥ مدنى) . أما إكمال باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا أو عينا ، فقد سبق بيان كيفية إجراء شهره (٢) . وأما دعوى تكملة الثمن بسبب غبن يزيد على الخمس فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فهذه ، إذا قضى فيها بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) ولم يف المشتري بالتزامه من دفع تكملة الثمن . تؤول إلى دعوى فسخ ويجب شهرها كسائر دعاوى الفسخ . وقبل هذا الشهر لا تلحق هذه الدعوى ضررا

(١) والطعن فى العقد بالصورية ، كما إذا طعن البائع لعقار فى عقد البيع بالصورية ، يؤول إلى دعوى استحقاق للعقار المبيع ، فيجب إذن شهر الدعوى إما باعتبارها دعوى طعن بالصورية أو دعوى استحقاق (أنظر مايل فقرة ١٤٦) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٢٧ .

بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع ، (م ٤٢٦ / ٢ مدني) .

والدعاوى التي تطعن في نفاذ التصرف يتدرج تحتها : (١) الدعوى البولصية ، وهي الدعوى التي يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف المدين في حقه إذا توافرت في هذا التصرف شروط معينة (م ٢٣٧ مدني) . (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة . ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) في حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م ٤٧٧ مدني) ، وقبل شهر هذه الدعوى لا يسرى الحكم فيها « إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة » (م ٤٧٨ مدني) (١) . ويخلص مما تقدم أن دعاوى الطعن في التصرفات واجبة الشهر ، والتي يجب التأشير بها أو تسجيلها ، تشمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى الطعن ببطالان التصرف . (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف . (٣) دعوى المطالبة بفسخ التصرف . (٤) دعوى تقرير انفساخ التصرف (٢) . (٥) دعوى الرجوع في الهبة . (٦) دعوى حل الشركة أو انحلالها . (٧) دعوى الطعن بإبطال التصرف . (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن . (٩) الدعوى البولصية . (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة .

١٤٥ — دعاوى من التعاقد : تنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كما يجب تسجيل

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الصادرة بفسخ وجب حتما بحكم القانون ، أو وقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمني ، واجبة التسجيل باعتبار أنها أحكام مقررة . وعلى ذلك إذا كان فسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين إلى المظعون ضده الثاني قد قضى به ضمنا في الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة ببقاء الثمن ، وكان هذا الحكم لم يسجل ، فإن المبيع يبقى في ملكية المشتري ولا تعود ملكيته للبائع (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٤٠ ص ١٩٦) .

دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» (١) . ودعوى صحة التعاقد لم تكن مذكورة في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، ولكن العمل ابتدعها بخاصة في عقد البيع تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد » . منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع ، وبخاصة التصديق على إمضائه في الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع . فاذا ما صدر الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (réalisation, constatation de la vente) : جعل منه المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، إذ هو يثبت وقوع البيع صحيحاً نافذاً ، فيجوز إذن للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع ، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) . بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه من ذلك ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلاً حتى تجعلها خاضعة للشهر كدعوى

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والنوثق (العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها . وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع . ثم يفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، وهل كان له عذر في هذا الامتناع أو لم يكن . ومن ثم فإن تلك الدعوى تنسج لبحث كل ما يثار من أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) . ويدخل أيضاً بحث ما إذا كان العقد سورياً سورياً مطلقة ، إذ من شأن هذه الصورية لو صححت أن يعتبر العقد لوجوده قانوناً فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) .

الاستحقاق التي ذكرها صراحة قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ (١) .
وجاء قانون الشهر العقاري مؤيدا للعمل والقضاء ، فنص صراحة كما رأينا
في المادة ٢/١٥ على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق
عينية عقارية » ، ورتب على تسجيلها كما جاء في المادة ١/١٧ منه على أن
حق المدعى إذا تقرر بحكم موثر به على هامش تسجيل صحيفة دعوى
صحة التعاقد يكون حجة على ترتب لم حقوق عينية ابتداء من تاريخ
تسجيل صحيفة هذه الدعوى (٢) .

ودعوى صحة التعاقد ، على الوجه التقدم الذكر ، أكثر ما ترفع
في خصوص مطالبة المشتري بالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ، وهو عقد
ناقل للملكية . ولكن لا يوجد ما يمنع من رفعها في خصوص المطالبة بالحكم
بصحة ونفاذ أي عقد آخر غير البيع ، سواء كان هذا العقد ناقلا أو منشئا
لحق عيني عقاري آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق ،
أو كان كاشفا عن حق عيني عقاري . فيجوز رفع الدعوى بصحة ونفاذ
عقد المقايضة أو عقد الهبة أو عقد الشركة أو عقد الوفاء بمقابل يكون عقارا
أو عقد ينقل حق الانتفاع من المتفعل إلى غيره (بيع حق الانتفاع) ، أو عقد

(١) نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ارقم ٩١ ص ١٦٢ - وانظر الأحكام
الأخرى الصادرة من محكمة النقض بعد ذلك في هذا المعنى في الوسيط ٤ فقرة ٢٥٩ ص ٤٥٤
هامش ١ .

(٢) ولكن يجب لذلك التأشير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فلا يكفي تسجيل
صحيفة الدعوى وحده ، ولا صدور الحكم بصحة التعاقد إذا لم يؤثر بالحكم على هامش تسجيل
صحيفة الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد ،
ولو كان نهائيا ، دون التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة ، لا يترتب عليه نقل
الملكية إلى المشتري بل تظل هذه الملكية للبائع ، وبالتالي يعتبر تصرفه إلى مشتري آخر صادرا
من مالك . ولا يحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشتري الأول
وصدور حكم لصالحه بصحة تعاقد (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) . وانظر أيضا نقض مدني ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام
النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ .

وانظر في تفصيل دعوى صحة التعاقد : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ - وانظر في دعوى صحة
التوقيع واستبعاد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

ينشئ حق ارتفاق ، أو عقد يكشف عن حق الملكية العقارية كمقدد القسمة أو عقد الصلح .

ويخلص إذن مما تقدم أن جميع دعاوى صحة التعاقد ، على النحو الذى أسلفناه ، يجب تسجيل صحائفها إذا وقعت على حقوق عينية عقارية ، كما هو صريح نص المادة ١٥/٢ من قانون الشهر العقارى فيما قدمناه .

١٤٦ - دعوى الاستحقاق العقار : تنص العبارة الأولى من الفقرة

الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال » (١) .

والأصل فى دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى . ولا تطلق دعوى الاستحقاق (action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن النص سالف الذكر يوجب « تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها » . فهذا النص الواسع يشمل فى نظرنا الدعاوى الآتية :

١ - دعوى الاستحقاق العقارية بمعناها المعروف ، وهى الدعوى التى يطالب فيها بملكية عقار . ولا يقصد هنا بدعوى الاستحقاق هذه الدعوى على إطلاقها ، أى الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على الحائز لاسترداد عقاره . فان هذه الدعوى إذا سجلت وقضى للمالك الحقيقى بملكيته للعقار ، كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، لأنه يكون قد اشترى من غير مالك . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على الحائز فى الأحوال التى يكون فيها تصرف الحائز فى العقار نافذا فى حق المالك ، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة

الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع)

الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري . فدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذي قام به الوارث الظاهر . فاذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . أما إذا شرت صحيفة دعوى الاستحقاق قبل تسجيل البيع الصادر من الوارث الظاهر ، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من الوارث الظاهر ، ويكون حجة عليه . ودعوى الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري منه يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل عقد البيع الصوري . فاذا باع المشتري في العقد الصوري العقار لمشتري آخر حسن النية ، وسجل هذا المشتري الآخر عقد شرائه قبل شهر دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري من المشتري بعقد صوري . أما إذا شرت دعوى الصورية قبل تسجيل البيع الصادر من المشتري في العقد الصوري ، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من المشتري بعقد صوري ويكون حجة عليه (١) .

٢ - دعوى استحقاق أى حق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وتسمى هذه الدعوى بدعوى الإقرار بحق عيني (action confessoire) ، إذا طالب فيها شخص بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقار للغير . فيجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، أو التأشير بها على هامش تسجيل سند ملكية الغير المطالب بحق الانتفاع أو حق الارتفاق على عقاره . فاذا أنشأ المالك لهذا العقار نفس حق الانتفاع أو نفس حق الارتفاق لشخص آخر ، وسجل هذا الأخير سند إنشاء حقه قبل شهر صحيفة دعوى الإقرار بالحق العيني وكان حسن النية ، لم يكن الحكم الصادر لمصلحة

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط : فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٦ هامش ٢ - وقارن حسن كيرة ص ١٤ - أنور سلطان في البيع فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - سليمان مرقس في الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش ٣ - وفي البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٤ .

المدعى في دعوى الإقرار بالحق العيني حجة عليه . أما إذا شُهرت صحيفة الدعوى قبل تسجيل سند الإنشاء ، فإن الحكم يكون حجة على من كسب حق الانتفاع أو حق الارتفاق مرة ثانية ولو كان حسن النية .

٣ - وإلى جانب دعوى الإقرار بحق عيني توجد دعوى إنكار الحق العيني (action négative) ، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق ، وهذه أيضا يجب تسجيل صحتها . فإذا باع مدعى حق الانتفاع هذا الحق لمشتري حسن النية ، أو باع مدعى حق الارتفاق عقاره المرتفق بما له من حق الارتفاق المدعى به لمشتري حسن النية ، وكان مدعى حق الانتفاع أو حق الارتفاق وارثا ظاهرا لحق الانتفاع أو للعقار المرتفق ، فإنه إذا سجل البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى إنكار الحق العيني ، لم يكن الحكم في دعوى إنكار الحق العيني حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق . أما إذا سجلت دعوى إنكار الحق العيني قبل تسجيل البيع ، فإن الحكم الصادر في دعوى إنكار الحق العيني يكون حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق (١) .

١٤٧ - الدعاوى الخاصة للشهر في قانون السجل العيني : تنص المادة ٣٢ من قانون السجل العيني على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات » . وتحديد الدعاوى الواجب التأشير بها على الوجه الوارد في هذا النص لا يخلو من شيء من الغموض .

والأمر المحقق أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى » تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العيني ودعوى الإنكار للحق العيني ، وقد بينا فيما تقدم (٢) ما هو المقصود بهذه الدعاوى . ومن ثم يجب أن تتضمن

(١) أنظر في وجوب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة ما قدمناه آنفا فقرة ١٣٢ في آخرها .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٦ .

الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات ، والتأشير في السجل بهذه الطلبات بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل على النحو المتقدم . وتأخذ على سبيل المثال دعوى الاستحقاق . فن الجائر ، حتى في نظام السجل العيني ، أن يقيد حق الإرث في السجل ، ثم يتبين ، بالرغم من الفحص الدقيق الذي يقتضيه هذا النظام ، أن الواردة الذي قيد حقه ليس هو الوارث الحقيقي . ويتقدم الوارث الحقيقي يطالب الوارث الظاهر باستحقاقه للعقار الموروث ، وهذه دعوى إرث أو هي دعوى استحقاق عن طريق الميراث . فيجب في هذه الحالة أن يضمن الوارث الحقيقي طلب استحقاق العقار طلب إجراء التغيير في بيانات السجل الواردة في قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقي . ويجب فوق ذلك أن يؤثر الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة في السجل بشأن قيد حق الإرث ، وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث .

والأمر المحقق أيضاً أن الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها ، تشمل دعوى الطعن ببطالان التصرف ، ودعوى الطعن بإبطال التصرف ، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن . لأن هذه كلها دعاوى متعلقة بصحة التصرف . كذلك تشمل الدعوى البولصية ، ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق الورثة بما يجاوز ثلث التركة ، لأن هذه الدعاوى متعلقة بنفاذ التصرف . ويجب أيضاً أن تشمل دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع في الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية ، وإن كانت هذه الدعاوى لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه ، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف في السجل العيني ، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل . ومن ثم يجب ، في رأينا ، أن يضمن المدعى في جميع الدعاوى المتقدم ذكرها - وقد سبق بيانها فيما تقدم (١) - طلباته طلب إجراء التغيير

(١) أنظر آتفاقرة ١٤٤ .

في بيانات السجل العيني ، والتأشير بهذه الطلبات جميعا أمام بيانات السجل المراد تغييرها ، وتقديم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى يمكن قبول الدعوى (١) .
ويبدو أن قانون السجل العيني يختلف عن قانون الشهر العقاري فيما يأتي :
في قانون الشهر العقاري ، يمكن ألا يشهر المدعى دعواه ويكتفى بشهر الحكم الصادر في الدعوى ، وفي هذه الحالة لا يسرى الحكم في حق الغير إلا من وقت شهره لأن صحيفة الدعوى لم تشهر . أما في قانون السجل العيني ، إذا لم يشهر المدعى دعواه على النحو الذي بسطناه فيها تقدم ، فإن الدعوى لا تقبل منه أصلا ، فلا يتمكن بناء على ذلك من الحصول على حكم في الدعوى (٢)

(١) أما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد) ، فلا تدخل ضمن الدعوى الواجب قيدها في السجل العيني ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد ، طبقا لأحكام قانون السجل العيني ، لا يمكن قيده في السجل ليستثنى به عن المحرر الرسمى . وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعوى الواجب قيدها في السجل العيني . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفي منه أو طعن في صحته فيرفع المشتري دعوى صحة التعاقد ، حتى إذا حصل على حكم لصالحه ، وانتج البائع مع ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده في السجل العيني ، لم يبق أمام المشتري إلا مطالبة بالتعويض (أنظر ما سبق أن قررناه آنفا في هذا الصدد ص ٣٦١ هامش ١) .

ويزيد قانون السجل العيني على قانون الشهر العقاري في أنه تضمن نصا صريحا يعمى بشهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقيد الحكم بثبوت الشفعة ، إذ تنص المادة ٣٦ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في صحف الوحدات العقارية . ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » . وقد قدما أن نصا صريحا مثل هذا النص كان يحسن أن يشتمل عليه قانون الشهر العقاري (أنظر آنفا ص ٣٥٥ هامش ٣) .

(٢) وقد عالج قانون السجل العيني الدعوى واجبة الشهر بموجب نصوصه والتي تكون قد رفعت قبل العمل به دون أن تشهر صحيفة الدعوى فيها ، حتى يجري عليها أحكامه بأثر رجعي . فنصت المادة ٣٣ من هذا القانون على أن « الدعوى المشار إليها في المادة السابقة والتي تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ، ولم تسجل صحيفتها ، لا يجوز الاستمرار في النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التغيير في بيانات السجل ، وبعد التأشير فيه بضمون هذه الطلبات . ويمنح المدعون في هذه الدعوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير ، فإذا لم تقدم في أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى » .

§ ٢ - كيف يكونه إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

١٤٨ - كيف يكونه إجراء شهر الرعاوى فى قانونه الشهر العقارى :

يجب التمييز فى هذا الصدد بين دعاوى الطعن فى التصرفات (وجودا أو صحة أو نفاذا) ودعاوى الاستحقاق من جهة ، ودعاوى صحة التعاقد من جهة أخرى .

فأما دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق ، فتشهر بأحد طريقين : (١) بطريق التأشير فى هامش تسجيل التصرفات المطهون فعاً فى حالة دعاوى الطعن فى التصرفات ، أو فى هامش تسجيل سند المدعى عليه فى حالة دعاوى الاستحقاق (١) ، وذلك إذا كان التصرف المطعون فيه أو سند المدعى عليه مسجلاً . (٢) فإذا لم يكن التصرف أو السند مسجلاً ، كان شهر صحيفة الدعوى عن طريق تسجيلها استقلالاً ، إذ لم يعد التأشير بها ممكناً . وتنص المادة ١٥/١ و٢ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، على أنه يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى . . فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية انقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال » .

وأما دعاوى صحة التعاقد ، فلا يكون شهرها إلا بطريق تسجيل صحائفها استقلالاً ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : « . . . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » .

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها ، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت ، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل . أما دعاوى صحة التعاقد

(١) أنظر فى التفاصيل المتعلقة بالتأشير بصحيفة دعوى الاستحقاق آنفاً فقرة ١٤٦ .

فتنصب ، لا على تعديل حقوق سابقة ، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد ، فيجب تسجيلها استقلالا .

وخلص من ذلك أن الدعاوى الخاضعة للشهر يكون شهرها بطريق التأشير في حالات معينة ، وبطريق التسجيل في حالات أخرى . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمجلول المحكمة » . والسبب في ذلك هو عدم تمكن المدعى من شهر الدعوى إلا بعد أن يثبت أنه جاد في رفع دعواه ، بأن يقيد الدعوى بمجلول المحكمة ويعلمها (١) قبل شهر صحيفتها . ولو لم يوجب القانون قيد الدعوى وإعلانها قبل شهر صحيفتها ، لأمكن المدعى أن يشهر صحيفة الدعوى ثم لا يعلمها . فتبقى هذه الدعوى سيفا معلقا يهدد المدعى عليه ، بما يستتبعه شهر صحيفتها من تقييد حريته في التصرف في العقار محل النزاع ، إذ لا يقدم أحد على التعامل معه في هذا العقار إلا وهو يحسب حساب الدعوى التي شهرت صحيفتها . ويقف المدعى عند شهر صحيفة الدعوى ، فلا هو كف عن هذا الشهر حتى

(١) ورد في المادة ٣/١٥ من قانون الشهر العقاري كما رأينا : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمجلول المحكمة » . فقدم النص إعلان صحيفة الدعوى على قيدها بمجلول المحكمة . وقد كان هذا صحيحا في تقنين المرافعات قبل تعديله ، إذ كانت المادة ١/٧٥ من هذا التقنين قبل التعديل تنص على أنه « على المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المملنة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بمجلول المحكمة في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر » . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يعدل كثيرا من نصوص تقنين المرافعات ، ومنها المادة ٧٥ سالف الذكر ، فأصبحت الفقرتان الأولى والثانية منها بحريان على الوجه الآتي : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها » . فأصبح قيد الدعوى بمجلول المحكمة ، بموجب هذا النص المعدل ، يسبق إعلانها . ولذلك وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري ، على الوجه الآتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد قيد الدعوى بمجلول المحكمة وإعلانها » .

لا يفيد حرية المدعى عليه في التصرف ، ولا هو مضى في الدعوى إلى أن يبت فيها ويتبين مصيرها .

وطريق آخر فتحه المشرع للمدعى عليه يعالج به رفع المدعى للدعوى الكيدية ، وشهر صحائفها تعتا وتعسا . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كذا للطرف ذي الشأن أن يطلب إلى القاضي (قاضي الأمور المستعجلة) نحو التأشير أو التسجيل المشار إليه في المادة الخامسة عشرة ، فيأمر به القاضي إذا تبين أن الدعوى التي نأشر بها أو سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » (١) . فيجوز إذن للمدعى عليه ، وكذلك لدائته لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن ، أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة نحو التأشير بصحيفة الدعوى أو نحو تسجيلها إذا أثبت أن هذه الدعوى دعوى كيدية محضة ، الغرض منها غل يد المدعى عليه عن التصرف في عقاره ، أو غل يد دائته عن التنفيذ على هذا العقار .

والتأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ليس إلا إجراء تمهيديا يراد به التحضير للتأشير بمنطوق الحكم النهائي الذي يصدر في هذه الدعوى . فاذا ما صدر الحكم النهائي لصالح المدعى في الدعوى التي شهرت بصحيفتها ، كان على هذا الأخير أن يوشر بمنطوق هذا الحكم في ذيل التأشير بصحيفة الدعوى إذا كانت هذه الصحيفة قد أشر بها ، أو في هامش تسجيل الصحيفة إذا كانت قد سجلت . وتنص المادة ١٦ من قانون الشهر العقاري في هذا المعنى على أن « يوشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعوى الميئة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها » (٢) .

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المشروع) ، إلا أن نص المشروع أدق إذ يقول « كذلك لدى الشأن » بدلا من عبارة « كذا للطرف ذي الشأن » الواردة في نص قانون الشهر العقاري الحال ، وواضح أن العبارة الأولى أدق فهي تتسع لتشمل المدعى عليه والدائن وكل ذي شأن آخر .

(٢) بقى هذا النص على حاله في الفقرة الأولى من المادة ١٤ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق . وأضيف في المشروع إلى المادة ١٤ هذه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها ، الصادرة في دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، عقب تسجيل هذه الأحكام » . ويتبين من هذا النص أن الحكم النهائي في دعاوى الاستحقاق وفي دعاوى صحة التعاقد يجب تسجيله استقلالا ، ولا يمكن بالتأشير به . بل إن التأشير به لا يجوز إجراؤه إلا بعد أن يتم تسجيل الحكم .

١٤٩ - كيف يكون إجراء شهر العقارى فى قانونه المسجل العينى :

رأينا أن المادة ٣٢ من قانون السجل العينى تنص على أن « الدعوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل مضمون هذه الطلبات (١) » . ويتبين من هذا النص أن شهر للدعوى الواجبة الشهر فى قانون السجل العينى يستوجب خطوات ثلاثا :

أولا - تضمن الطلبات الواردة فى صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات . فإذا كانت الدعوى مثلا بطلب بطلان عقد ، وجب أن تتضمن الطلبات طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد فى السجل العينى . فإذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه ، رجع العقار إلى ملك المدعى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم بمحوه ، ويعتبر القيد المحسوخ كأن لم يكن .

ثانيا - التأشير فى السجل العينى بمضمون الطلبات فى الدعوى ، بما فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى على النحو سالف الذكر .

ثالثا - تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر ، ولا يجوز قبول الدعوى إلا بتقديم هذه الشهادة .

وبعد هذه الخطوات الثلاث يسار فى نظر الدعوى ، بعد أن تكون صحيفتها قد شهرت (٢) ، إلى أن يبت فيها بحكم نهائى .

ويجب أن يوثق فى السجل العينى بمنطوق هذا الحكم النهائى ، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون الشهر العقارى على أن « يوثق فى السجل العينى بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعوى الميئة فى المادة السابقة » .

١٥٠ - ما يترتب على شهر الدعوى من أثر فى قانونه الشهر العقارى :

تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على أنه « يترتب على تسجيل الدعوى

(١) أنظر آنف فقرة ١٤٧ .

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون السجل العينى على ما يأتى : « وكذلك لدى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) نحو التأشير المشار إليه فى المادة ٣٢ (التأشير بمضمون الطلبات فى الدعوى واجبة الشهر) ، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » .

المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١).

ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى السابق ذكرها يكون حجة على الغير ، والغير هنا هو من ترتب له حق عيني على العقار محل الدعوى وقام بشهره طبقا للقانون . فاذا فرض أن عقارا بيع وأن عقد البيع سجل ، ثم رفع البائع دعوى بفسخ البيع ، فقد قدمنا أنه يجب أن يؤثر على هامش تسجيل البيع بصحيفة دعوى الفسخ . فاذا تصرف المشتري فى العقار بأن رهنه مثلا ، وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل صدور الحكم فى دعوى الفسخ ، ثم صدر الحكم بفسخ البيع وللفسخ أثر رجعى إذ يعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن كما هو معروف ، فهل يحتج بفسخ البيع على الدائن المرتهن فيعتبر أنه قد ارتهن من مالك قد فسخ عقده أى من غير مالك فيكون الرهن باطلا ؟ هنا يجب التمييز بين حالتين :

(١) يقابل هذا النص المادة ١٥ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى و التوثيق، وتجرى على الوجه الآتى : ١ - يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الثالثة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا ما تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢ - على أنه إذا تم شهر هذا الحكم بعد خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، فلا يكون حجة إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ العمل به . ٣ - ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . وقد زاد المشروع الجديد الفقرة الثانية يستحث بها شهر الحكم ، بحيث إذا لم يشهر فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، لم يكن حجة على الغير إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر ، بدلا من أن تنسحب حجته إلى الماضى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى فيما إذا شهر فى خلال الخمس السنوات . والمشروع الجديد يتمشى فيما استحدثه من هذا مع قانون السجل العيني (م ٣٥ من هذا القانون وسيأتى بيانها فيما يلى فقرة ١٥١) . ولكن يلاحظ أن الفقرة الثالثة من المشروع الجديد أصبحت بهذه الإضافة المستحدثة ناقصة ، وكان الواجب أن تكون على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما فى الفقرة الأولى ، أو قبل شهر الحكم المشار إليه فى الفقرة الثانية » .

(الحالة الأولى) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حق الرهن بعد شهر دعوى الفسخ ، أى بعد التأشير بصحيفة الدعوى على هامش تسجيل البيع وفى هذه الحالة يكون الحكم بفسخ البيع حجة عليه ، فيسترد البائع العقار بعد فسخ البيع خاليا من الرهن . ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن مسمى النية أو حسن النية ، فلو أنه كان لا يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع أى لو أنه كان حسن النية ، فإن الحكم بالفسخ يكون مع ذلك حجة عليه . ذلك لأن شهر صحيفة الدعوى يفرض معه فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن كان يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، بسبق رفع دعوى الفسخ ، إذ كان من الواجب عليه قبل أن يقدم على ارتهان العقار أن يبحث فى سجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة دعوى الفسخ قد شرت . ويلاحظ أن شهر الحكم النهائى بالفسخ على الوجه الذى قدمناه^(١) يكون على هذا النحو له أثر رجعى ، فإن هذا الحكم يحتاج به على الدائن المرتهن ، لا من وقت شهره فحسب ، بل أيضا من وقت شهر صحيفة الدعوى بالفسخ التى صدر فيها هذا الحكم ، أى من وقت متقدم على الوقت الذى شهر فيه الحكم . وهذا الأثر الرجعى هو الأمر الجوهري المقصود بشهر صحيفة الدعوى ، فما تطلب القانون شهر صحيفة الدعوى إلا ليجعل لشهر الحكم الصادر فى هذه الدعوى أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت شهر الدعوى . فمنع القانون بهذه الطريقة المدعى عليه ، عندما ترفع عليه الدعوى ، من أن يتدفع إلى التصرف فى العقار قبل صدور الحكم النهائى إذا توقع أن هذا الحكم سيصدر لغير صالحه . وذلك بأن أوجب شهر صحيفة الدعوى حتى يكون الشهر حجة على من يتصرف له المدعى عليه ، وجعل لشهر الحكم النهائى أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، فيصبح الحكم حجة على الغير الذى تصرف له المدعى عليه .

(الحالة الثانية) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر دعوى الفسخ . فى هذه الحالة لا يكون الحكم النهائى بالفسخ ، حتى لو شهر ،

(١) أنظر آنفا ص ٤٠٩ .

حجة عليه ، ويبقى حق رهنه قائماً بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري بعد فسخ البيع محملاً بحق الرهن . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن المرتهن وقت أن ارتهن العقار حسن النية ، أى لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هناك سبباً لفسخ البيع ويعتقد أن ملكية المشتري الراهن ملكية باقة لا عيب فيها ولا تقبل النقض^(١) . فإذا كان سبب النية يعلم بعيب في ملكية المشتري أو أنها ملكية معرضة للفسخ ، كان الحكم النهائي بالفسخ إذا شهر حجة عليه فيزول حق الرهن بحكم الأثر الرجعي للفسخ ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري خالياً من الرهن .

وإذا فرض أن الدعوى المرفوعة ، بدلاً من دعوى الفسخ ، هي دعوى صحة التعاقد (مثلاً دعوى صحة ونفاذ البيع) وشهر المشتري صحيفة الدعوى ، فإذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية وسجل المشتري الثاني عقده بعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع ، فإن الحكم النهائي الذى يصدر في الدعوى متى سهر يكون حجة على المشتري الثاني كما سبق القول في الحالة الأولى ! أما إذا سجل المشتري الثاني عقده قبل شهر صحيفة الدعوى ، فإن

(١) كانت المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى تنص في فقرة ثالثة على مايناقى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم في ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بحذفها تصحيحاً للنص (الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١) .

وتنص المادة ١٠٣٤ مدنى على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، بفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يكون سبب النية إذا كان قد قيد رهنه بعد شهر صحيفة دعوى الفسخ كما سبق القول ، وذلك لتوفيق ما بين النصين (الوسيط ٤ فقرة ٤١٠ ص ٨٢٩ - وانظر أيضاً الوسيط ١ فقرة ٣٤١ وفقرة ٤٧٩) . والغير الذى كسب حقه وشهره قبل شهر صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب هذا الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل ، لأن الشهر لا يمكن أن يرتب للعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له قبل الشهر ، فيقف في مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش : والأحكام المشار إليها فيه) . وانظر أنور سلطان في البيع الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ١٧٥ ص ٢١١ - حسن كيرة ص ١٣ .

الحكم النهائي الصادر في دعوى صحة التعاقد ، حتى لو شهر ، لا يكون حجة عليه ، بشرط أن يكون حسن النية . وحسن النية هنا ليس معناه مجرد عدم علم المشتري الثاني يسبق صدور بيع من البائع ، فان المشتري الثاني في دعوى صحة التعاقد لا يكون سيء النية إذا سبق إلى التسجيل ، لولا يكون تسجيله باطلا ، إلا إذا كان متواطئا مع البائع للإضرار بالمشتري الأول (١) ، وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري لا يطله إلا التواطؤ (٢) .

١٥١ - ما يترتب على شهر الرعاوى من أثر في قانون السجل العيني :

تنص المادة ٣٥ من قانون السجل العيني على أنه : يترتب على التبشير بالدعوى في السجل العيني أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من تاريخ التبشير بهذه الدعوى في السجل . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى الأحكام

(١) ويجب التمييز بين تحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعوى الطعن في التصرف (كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال) ودعوى الاستحقاق ، وتحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعوى صحة التعاقد . وبعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري على الوجه السابق بيانه (أنظر آنفا ص ٤١٣ هامش ١) ، وهي الفقرة التي كانت تحدد معنى حسن النية ، أصبح القضاء حراً في تحديد هذا المعنى في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها . فحسن نية المشتري بالنسبة إلى دعوى الطعن في التصرف ودعوى الاستحقاق يجب أن يكون عدم العلم بسند البائع وقت تعاقد المشتري معه في دعوى الطعن في التصرف ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتا في دعوى الاستحقاق . أما في دعوى صحة التعاقد ، فلا يصح أن يكون مجرد علم المشتري الثاني يسبق تصرف البائع في العقار نافيا لحسن نيته . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشتري الثاني أن يفترقه من المالك ولوسبق المالك التصرف فيه ، فقد يكون هذا التصرف ميبيا ، والمالك على كل حال لم يعبر عنه ملكيته . وإنما يكون المشتري الثاني سيء النية إذا تواطأ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، بأن أقدم على الشراء وهو عالم بالبيع الأول متواطئا في ذلك مع البائع ، وبأدر إلى تسجيل عقده قبل أن يتمكن المشتري الأول من شهر صحيفة دعواه بصحة ونفاذ البيع الأول . أنظر في ذلك ما قدمناه في الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ١٩٦ . وانظر في مجاوزة واضعي قانون الشهر العقاري للمرض الذي قصدوا إليه عندما نقلوا المادة ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ : الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفا ص ٣٧٣ - وقارن حبر كيرة ص ١٤ - ص ١٥ .

النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يوثق بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شُهرت صحيفة في السجل العيني في خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً (١) . وفي هذه الحالة يكون الحكم النهائي حجة على الغير ، ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل العيني ، بأثر رجعي ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا كانت الدعوى يطالب فيها البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد في السجل العيني ، وكان المشتري قد رتب رهناً على هذا العقار ، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل العيني ، فإن الحكم النهائي الصادر بفسخ البيع إذا أُشِر به في السجل يستند أثره إلى الماضي أي إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية ، فيزول الرهن ، ويسترد البائع من المشتري العقار خالياً من هذا الحق . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل

(١) والأحكام التي صدرت أو تصدر قبل العمل بقانون السجل العيني ، والتي لم تكن قد أُشِر بها طبقاً لأحكام قانون الشهر العقاري التي صدرت أو تصدر هذه الأحكام في ظله ، ينسحب عليها قانون السجل العيني بأثر رجعي ، ويوجب هذا القانون التأشير بها في خلال خمس سنوات ، لامن وقت صيرورتها نهائية وإلا كان في ذلك عنت لا يبرر له إذ يحتمل أن يكون قد انقضى هذا الميعاد أو كاد ينقضي وقت العمل بقانون السجل العيني ، بل من وقت العمل بقانون السجل العيني . فيكون أمام من صدرت هذه الأحكام لمصلحتهم خمس سنوات كاملة للتأشير بهذه الأحكام ، ويتساوون بذلك مع من تصدر أحكام لمصلحتهم منذ العمل بقانون السجل العيني فهو لا أمامهم أيضاً خمس سنوات كاملة منذ صيرورة الأحكام نهائية للتأشير بها . ويلاحظ أن من صدرت أحكام لمصلحتهم في ظل قانون الشهر العقاري كان لهم بموجب أحكام هذا القانون الأخير ، أن يوثقوا بأحكامهم في أي وقت ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، فينسحب أثر التأشير بالحكم إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا ما أدركهم قانون السجل العيني ولم يكونوا قد أشروا بأحكامهم ، لا يصبح أمامهم إلا خمس سنوات منذ نفاذ قانون السجل العيني للتأشير بأحكامهم . فإن انقضى هذا الميعاد دون أن يوثقوا بهذه الأحكام ، ثم أشروا بها بعد ذلك ، فإن أثر التأشير لا ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى بل لا يكون للتأشير أثر إلا من وقت التأشير بالحكم .

العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ ، حتى لو أشر به في السجل العيني ، لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من المشتري العقار محملا بهذا الحق . وهنا ، في قانون السجل العيني بخلاف قانون الشهر العقاري ، لا يشترط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية حتى يظل حق رهنه قائما . فإدام هذا الدائن قد قيد حق رهنه في السجل العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان لقبه حقه حجية مطلقة لا يزيلها سوء النية بل ولا التواطؤ ، فيبقى حقه قائما محتج به على البائع حتى بعد صدور حكم نهائي بفسخ البيع وبعد استرداد البائع العقار المرهون من تحت يد المشتري ، فيسترده مثقلا بحق الرهن .

(الحالة الثانية) أن يؤثر بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شرت صحيفة في السجل العيني ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا . وفي هذه الحالة لم يرد المشرع في قانون السجل العيني أن يمنع من صدر الحكم لصالحه الميزة التي منحها له فيها لو أشر بالحكم في خلال الخمس السنوات ، فسكت عن أن يجعل للتأشير بالحكم أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، وذلك جزاء له على تأخره في التأشير بالحكم ، وحثا لمن صدرت أحكام لمصلحتهم على ألا يتأخروا عن التأشير بها أكثر من خمس سنوات . ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذه الحالة ، ولا ينتج التأشير بالحكم – ونفرضه حكما بفسخ البيع – أثره إلا من وقت التأشير به في السجل العيني ، دون أثر رجعي يستند إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ . وعلى ذلك إذا ترتب حق رهن مثلا على العقار ، وقيد الدائن المرتهن حقه في السجل العيني بعد التأشير بحكم الفسخ ، كان الحكم حجة على هذا الدائن وزال حق رهنه بفسخ البيع ، واسترد البائع من تحت يد المشتري العقار خاليا من هذا الرهن . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ ، ولو بعد رفع دعوى الفسخ ، بل ولو بعد شهر صحيفة هذه الدعوى ، فان التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، حتى لو كان سيء النية أي كان يعلم وقت أن ارتهن العقار أن

هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع ، بل ولو كان متواطئا مع المشتري .
 فيبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من تحت يد
 المشتري العقار المرهون مثقلا بهذا الحق . ذلك أن قيد الرهن في السجل
 العيني له حجية مطلقة كما قدمنا لا يزيلها سوء النية ولا التواطؤ ، ثم إن
 البائع لم يؤثر بحكم الفسخ إلا بعد خمس سنوات من صيرورة الحكم نهائيا ،
 فيكون قيد الرهن حجة عليه إلى وقت التأشير بالحكم ، حتى لو كان قد
 شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ذلك .

المبحث الثاني

إجراءات الشهر

المطلب الأول

إجراءات الشهر في قانون الشهر العقاري

١٥٢ - **تحرير الموضوع :** نوجز القول في إجراءات الشهر في قانون

الشهر العقاري ، فهي إجراءات تغلب فيها الناحية العملية ، ويرجع فيها
 إلى ما جرى عليه العمل في مكاتب الشهر العقاري وهو ما يضيق عنه هذا
 الكتاب .

ونستبعد من بحثنا : (١) تنظيم مكاتب الشهر ، ويمكن الرجوع إلى
 قانون الشهر العقاري (في الباب الأول منه) للإلمام بهذا التنظيم (١) .

(١) أنشأ قانون الشهر العقاري مكاتب لشهر العقاري في المديرية والمحافظات ، يعين
 بمرسوم دائرة اختصاص كل منها ، وتتولى شهر المحررات التي تقضى القوانين بتسجيلها
 أو بقيدتها . ويلحق بكل مكتب مأموريات ، يعين بقرار من وزير العدل اختصاص كل منها .
 وأنشأ القانون مكتبا رئيسيا مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام ، ويتولى إدارة مكاتب الشهر
 العقاري ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التي شهرت فيها وصور من الفهارس
 الخاصة بها . وتقوم مكاتب الشهر باثبات المحررات في دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد
 شهرها ، وتصوير المحررات التي يطلب شهرها ، وبحفظ أصول المحررات التي شهر وموافاة
 الجهات المختصة بصور منها ، وباعداد فهرس المحررات التي شهر ، وبالتأشير الهامشية
 وإرسال صور منها للمكتب الرئيسي ، وبإعطاء الصور التي تطلب من المحررات التي تم شهرها ،
 وبإتخاذ في الإطلاع والكشف النظري . ونص القانون على صدور مرسوم بلائحة تنفيذية
 تشمل على تنظيم دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وعلى التنظيم الداخلي لمكاتب الشهر العقاري
 (٢٧)

(٢) إجراءات قيد الحقوق العينية التبعية (في الباب الخامس من قانون الشهر العقاري) ، لأن الكلام فيها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط . (٣) إجراءات شهر حق الإرث (في الباب السادس من قانون الشهر العقاري) ، فقد سبق بيانها (١) . (٤) وقد مضى القول في المحررات الواجب شهرها (في الباب الثاني من قانون الشهر العقاري) ، وهو ما قدمناه في المبحث الأول . أما الباب السابع والآخر من قانون الشهر العقاري ، فيعرض لأحكام وقتية ، سيأتي بيان بعضها في موضعه .

فلا يبقى من أبواب قانون الشهر العقاري إلا بابان : الباب الثالث في إجراءات الشهر بوجه عام ، والباب الرابع في التأشيرات الهامشية . ونقتصر - في إيراد إجراءات الشهر موجزة - على هذين البابين . ويتبين من الرجوع إليهما أن هناك مسائل أربعة تستوجب البحث : (١) طلب الشهر والتأشير عليه بقبول إجراء الشهر . (ب) مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر . (ج) توقيع المحرر وعملية التسجيل . (د) التأشير الهامشي .

والمأموريات وسر العبل فيها . وقد صدر هذا المرسوم فعلا باللائحة التنفيذية في ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ .

أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق فينشئ في كل محافظة مكتبا للشهر العقاري والتوثيق ، وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقاري والتوثيق . ويلحق بكل مكتب مأموريات للشهر والتوثيق . يعين بقرار من وزير العدل دائرة اختصاص كل منها . وتتولى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق إدارة مكاتب الشهر العقاري والتوثيق ومراقبتها . وحفظ صور المحررات التي شهِرت أو وثقت فيها وصور من النماذج الخاصة بها . واختصاصات مكاتب الشهر العقاري في المشروع بمثابة تقريب لاختصاصات هذه المكاتب في قانون الشهر العقاري .

وتنشئ المادة ٣ من قانون الشهر العقاري مجلس للشهر العقاري - رئيسه الأمين العام وأعضاؤه ستة يعينون بقرار من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات يكون من بينهم من يمثل جهة القضاء ومصلحة المساحة وبيوت الاثنان العقاري - تعرض عليه مشروعات القوانين واللوائح والقرارات والمنشورات المتعلقة بالشهر العقاري ، وله اقتراح ما يرى إدخاله على نظام الشهر من تعديلات ، وبحث ما يقيم إليه من اقتراحات في هذا الشأن . وقد ألغى المشروع الجديد هذا المجلس ، إذ لم يشر إليه في نصوصه .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ وفقرة ٧٠ .

١٥٣ - طلب الشهر والتأشير عليه بقبول الشهر : يقدم طلب الشهر ،

من أصل وصورتين ، للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، موقعا عليه من صاحب الشأن^(١) أو من يقوم مقامه قانونا كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم^(٢) . ويجب أن يشتمل ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، البيانات الآتية : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته^(٣) واسم أبيه وجده لأبيه . ويجب أن يتبين صفة مقدم الطلب ، كما في حالة قيام وكيل أو وصي أو قيم بأجراء الشهر ، ويرفق بالطلب التوكيل أو قرار المحكمة أو أى مستند آخر يفيد هذه الصفة . (ثانيا) البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه وحدوده ومساحته . فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والخوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد . وإذا اقتضى التصرف تغييرا في دفاتر المكلفة ، وجب أن يتضمن الطلب بيانا عن رقم المكلفة الخاصة بالعقار وسنها واسم صاحب التكليف حسبما هو ثابت في آخرورد للمال أو قسيمة العوايد أو من واقع مستخرج رسمي من دفاتر المكلفات . ويقرن الطلب بما يؤيد بيانات التكليف من مستندات ليتسنى للمأمورية مراجعتها واتخاذ اللازم نحو إجراء التغيير في دفاتر المكلفات ، حتى تكون كاشفة عن جميع التطورات التي طرأت على الملكية العقارية . ويجب أيضا أن يتضمن الطلب بيان الحقوق العينية المقررة على العقار . وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف .

(١) وليس من الضروري أن يوقع الطلب جميع أصحاب الشأن في المحرر ، بل يكتفى بتوقيع أحد أطراف التعاقد ، المتصرف أو المتصرف إليه إذا كان الطلب يتعلق بمقد أو إيراد . وفي غير ذلك من المحررات ، كصحف الدعاوى والأحكام ، يكتفى أن يوقع الطلب من كان المحرر لصالحه .

(٢) أنظر العبارة الأخيرة من المادة ١٩ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق .

(٣) ويصح الاكتفاء بذكر محل الإقامة المختار ، فيصبح كل إخطار يوجه إلى صاحب الشأن فيه صحيحا وملزما قبل مصلحة الشهر العقارى .

(ثالثاً) بيان موضوع المهر المهراد شهره ، وبيان المقابل (من ثمن أو بدل) أو مقدار الدين (في حالة الرهن) إن وجد . (رابعاً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك في العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد^(١) . ويجب أن تشمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق ، وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني إليه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شمر . ويقرن الطلب بالأوراق والمستندات المؤيدة لهذه البيانات^(٢) . ولا يقبل من المهرات ، فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني ، إلا المهرات الآتية : (١) المهرات التي سبق شهرها ، في حالة تلقى البائع أو الراهن الملكية بعقد أو حكم سبق شهره يكتفى بتقديمه . (٢) التصرفات التي تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تم قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ تاريخ العمل بقانون الشهر العقاري ، والمقصود بذلك الوصية لأنها لم تكن خاضعة للشهر قبل هذا التاريخ . ويشترط أن تكون الوصية قد تمت ، ومات الموصى ، وقبلها الموصى له ، قبل أول

(١) وقد اعتبر الحكم بصحة التعاقد مجرد إثبات لحصول التعاقد ، فلا يثنى طالب الشهر من تقديم جميع المستندات التي يقدمها صاحب الشأن في العقود والإشهادات غير المتنازع عليها لم تقتض استصدار حكم بصحة التعاقد . ولو سمي شهر حكم صحة التعاقد دون مراجعة ، لا يمكن من إثناء التحلل من تقديم المستندات المثبتة لأصل حق الملكية أن يتوطأ مع التعاقد الآخر على إقامة دعوى بصحة التعاقد ، ثم شهر الحكم الذي يصدر دون تقديم المستندات . هذا وقد زادت المادة ٢١ (سادساً) من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، على العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد ، ما يأتي : « أحكام القسمة ، وأحكام تثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الالتزام أو على التسليم للمدعى بطلباته ، وكذلك توثيق الصلح بين الخصوم أو إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ، وأوامر الاختصاص . » وذلك حتى لا تشهر أحكام يحتمل أن يكون الخصوم قد تواطؤوا على استصدارها ، وحتى يقضى على كل محاولة في الاستيلاء على أملاك الغير عن طريق هذا التواطؤ .

(٢) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (م ١٩) على أن تقدم طلبات الشهر على النموذج المعد لذلك في مقابل رسم قدره خمسون مليماً لكل وحدة . وأريد بوضع نموذج لطلب الشهر التيسير لجمهور المتعاملين في أن يعرفوا ما يجب أن يتضمنه الطلب من البيانات وما يجب تقديمه من المستندات ، فيمكن الطالب أن يعتمد على نفسه في إعداد الطلب . وقد أعد أيضاً مشروع قانون بتنظيم مهنة الوساطة في أعمال الشهر ، بحيث لا يتولاها إلا من يجيدها ويكون معروفاً بحسن الخلق فلا يستغل الجمهور .

يناير سنة ١٩٤٧ ، فلا عبرة إذن بتاريخ تحرير الوصية ، ولا بتاريخ وفاة الموصى ، بل العبرة بانتقال الملكية إلى الموصى له قبل هذا التاريخ . (٣) المهررات التي ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، لأن الملكية كانت تنتقل قبل هذا التاريخ فيما بين المتعاقدين بغير تسجيل ، فالعقد الذي ثبت تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ يعتبر في حكم العقد المسجل من حيث انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين . ويشترط أن يكون ثبوت التاريخ من غير طريق وجود ختم أو توقيع لإنسان توفي ، فقد شوهد من استقراء الحوادث أن كثيرا من المتعاملين يلجأون إلى إثبات تاريخ عقود غير ثابتة التاريخ عن طريق ختمها بختم إنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ وترك ختمه بعد وفاته ، أو عن طريق تزوير توقيعهم على هذه العقود (١) . (٤) المهررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على سنة ١٩٢٤ ، إذا كان قد أخذ بها في مهررات تم شهرها أو نقل التكليف بموجبها لمن صدرت لصالحه . فما دام العقد غير ثابت التاريخ قد اعتبر مستندا لأصل الملكية في مهرر تم شهره أو نقل التكليف بموجبه ، فقد وجب أن يعتبر مستندا لأصل هذه الملكية في ظل قانون الشهر العقاري . وقد أضافت المادة ٥٥ من هذا القانون (في أحكامه الوقتية) ، إلى المستندات التي تعتبر أصلا للملكية ، المهررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، إذا كان المهرر الذي يراد شهره قد تم توقيعهم أو التصديق على الإمضاءات فيه أو صدر بشأنه حكم بصحة التعاقد أو التوقيع قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . ذلك لأن المهرر المراد شهره يكون في هذه الحالة قد تمت مراجعته نهائيا طبقا لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، وأشر عليه من قلم استعلام المساحة بختم « نظر » وسدد عنه الرسم ،

(١) وقد صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأن يستبعد من طرق إثبات التاريخ وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ في المهررات المقدمة مستندا لأصل ملكية المصروف ، وقد سار قانون الشهر العقاري على هذا المبدأ .

وتم توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه ، فلا يسرى عليه قانون الشهر العقارى (١) .

ويدون الطلب « بدفتر أسبقية الطلبات » (٢) ، مع ذكر تاريخ وساعة تقديمه للمأمورية . فاذا قدم للمأمورية طلبان متعارضان أو أكثر في شأن عقار واحد ، كما لو باع شخص عقارا مرتين وتقدم المشتريان بطلبين للشهر يسبق إحداهما الآخر بوقت معين ، وجب بحث الطلب الأسبق مع وقف الطلب أو الطلبات اللاحقة إلى أن يتم التصرف في الطلب الأول . فاذا كان الطلب الأول تام الإجراءات ، بحث وسلم إلى صاحبه . ثم يبحث الطلب الثانى المزاحم ، ولا يسلم إلى صاحبه إلا بعد انقضاء فترة على تسليم الطلب الأول تساوى الفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما في دفتر

(١) أنظر في التعليمات التى أصدرتها مصلحة الشهر العقارى فيما إذا كان أصل الملكية هو التملك بالتقادم الطويل : محمود شوقى في الشهر العقارى علما وعملا ص ٨٠ - ص ٨٢ - وقد قنن المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ما جرى عليه العمل في هذا الصدد فيما استحدثه من نصوص في آخر المادة ٢٢ منه على الوجه الآتى : « وإذا ثبت أن أصل الملكية أو الحق العيني لا يستند أساسا إلى محرر ما يعتبر مقبولا لذلك ، أو ثبت وجود هذا المحرر وتندر تقديمه ، فيكتفى بتقديم كشوف رسمية من دفاتر التكليف تثبت ورود العقار في تكليف المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب بالنسبة للأرض الزراعية وابتداء من سنة ١٩٢٣ بالنسبة للمقارات المبنية الكائنة في المدن المربوطة بموايد المبانى ، بشرط أن يكون التكليف الحالى باسم الصادر منه التصرف أو مورثه تعزز في الحالتين بمحضر في الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب . على أنه يكتفى ، بالنسبة للمقارات الكائنة في سكنات القرية المغطاة من الضرائب في الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه ابتداء من سنة ١٩٢٣ حتى تاريخ تقديم الطلب . واستثناء من أحكام الفقرة الأولى ، إذا تبين أن المحرر المقدم لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني يتعارض مع مستند المالك الحقيقى ، فلا يقبل هذا المحرر في إثبات الغرض المشار إليه » .

(٢) ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل بالطلبات والمفروعات (أنظر م ٢٠ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق وهى تتمشى مع المادة ٢/٤٧ من قانون السجل العيني) . وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الشهر العقارى (المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) على أن « يؤدى رسم قدره خمسون قرشا عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب . وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد ، وأدى عنه الرسم المطلوب » .

أسبقية الطلبات ، بحيث لا يتجاوز الفترة سبعة أيام . أما إذا كان الطلب الأول ينقصه بعض البيانات أو المستندات ، فانه يحدد لصاحب الشأن أجل لاستيفاء النقص لا يتجاوز خمسة عشر يوما . فاذا استوفى النقص في الميعاد ، فحص الطلب وسلم لصاحبه ، ويجب انقضاء الفترة اللازمة قبل تسليم الطلبات اللاحقة لأصحابها . أما إذا لم يتم صاحب الشأن باستيفاء النقص في الميعاد المحدد ، رفع رئيس المأمورية الأوراق إلى أمين مكتب الشهر الذي تتبعه المأمورية فيقرر أمين المكتب إما سقوط أسبقية الطلب الأول ويجب أن يكون هذا القرار مسيئا ، أو وقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا كان تخلف صاحب الطلب الأول عن استيفاء النقص لا يرجع إلى تقصير منه (١)

(١) ويستطيع من قرار أمين المكتب سقوط أسبقية طلبه ، أو من طوّل باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، أن يلجأ إلى نظام الشهر الموقت ، إذ نصت المادة ٣٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك ، أن يتقدم بالحرر نفسه ... وذلك في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ، ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا الحرر . . رقما وقتيا بعد أداء الرسم ، وتوثيق الحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من الحررات العرفية ، وبعد إبداء كفالة قدرها نصف في المائة من قيمة الالتزام الذي يتضمنه الحرر ، على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن تبين في الطلب الأسباب التي يستند إليها الطالب . وفي هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء الحرر . . رقما وقتيا في دفتر الشهر المشار إليه في المادة ٣١ ودفاتر الفهارس ، وأن يرفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التي يقع المكتب في دائرتها . ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة بابقاء الرقم الوقتي بصفة دائمة أو بإلغائه تبعا لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لشهر الحرر . . ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق » . ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه « إذا صدر قرار القاضي بابقاء الرقم الوقتي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، واتخاذ باقي الإجراءات وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتصديق . وإذا صدر القرار بإلغاء الرقم الوقتي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وتصادر الكفالة المقدمة ذكرها بقوة القانون ، ويرد الحرر . . لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه » .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق نظام الشهر الموقت ، ونص في المادة ٢٨ منه على إنشاء دفتر يومية تنقيد فيه طلبات الشهر ، فيتمكن مكتب الشهر من مراجعة الحررات التي تقدم إليه ، على أن تدون في دفتر الشهر بعد مراجعتها في اليوم التالي . ولمواجهة حالات التعارض بين الحررات المقدمة لمكتب الشهر إذا ما قدم أكثر من حرر في شأن عقار واحد ، والتي أغفلها قانون الشهر العقاري ، نص على عدم جواز شهر حرر لاحق -

وبهذا تقرر الأسبقية فيما بين الطلبات المتعارضة ، فيقدم الطلب السابق على الطلب اللاحق ، ما لم يتقرر نهائياً سقوط أسبقية الطلب السابق (١) .

وبحث الطلب يكون من الناحية الهندسية ، ومن الناحية القانونية . فن الناحية الهندسية ألحق بالمأموريات أقلام استعلامات هندسية ، وهذه تراجع الطلب من الناحية المساحية للتثبت من موقع العقار وحدوده ومسطحه ، وقد ينتقل القلم الهندسى لمعاينة العقار على الطبيعة وتحديد بوضع علامات حديدية عليه . فاذا ما أتم الطلب الهندسى بحث الطلب من الناحية المساحية ، بحث الطلب بعد ذلك من الناحية القانونية . فتولى المأمورية بحث البيانات الواردة فيه للتأكد من مطابقتها للأوضاع المقررة قانوناً ، ثم تبحث المستندات المرافقة للطلب لتثبت بوجه خاص من أصل الملكية بفحص المستندات المقدمة من البائع مثلاً إثباتاً للملكية . فاذا ما تم بحث الطلب من الناحيتين الهندسية والقانونية ، أشرت المأمورية بالقبول للشهر بختم نقش عليه عبارة « مقبول للشهر » (٢) .

سقبل محرر سابق يتعارض معه إلا إذا صدر قرار نهائى من أمين المكتب باسقاط أسبقية المحرر السابق . وتوسع المشروع فى الحالات التى يجوز فيها التظلم من قرارات المأمورية ومن قرارات المكتب ، وفرض رقابة قضائية قبل العظم لقاضى الأمور المستعجلة حتى يستطيع مثل المصلحة قبل الحكم لإبداء وجهة النظر الفنية التى قد لا تظهر بوضوح إذا ترك الأمر للذكرات التى تقدم لقاضى الأمور الوقتية (أنظر فى كل ذلك المواد ٢٢ - ٢٩ من المشروع) .

(١) وفى حالة عدول أصحاب الشأن من التسجيل لا يرد ما سبق دفعه من رسوم التسجيل حتى لو سلمت الجهة الإدارية خطأ بأحقية دافع الرسم فى استرداده (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٩ ص ١٨٧) - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٢٥٤ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٠٩٨ .

(٢) والأصل أن تؤشر المأمورية على أصل الطلب بعبارة « مقبول للشهر » . ولكن كثيراً ما يحدث أن تكون الحدود والمسطحات الخاصة بالعقار لا تطابق الواقع ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بباقي البيانات الواردة فى الطلب . فتجرى المأمورية التصحيحات اللازمة ، وتكون هذه التصحيحات فى نموذج خاص اسمه « إخطار بالقبول للشهر » . وتسترشد المأمورية فى تحرير هذا الإخطار بما أدرجه مقدم الطلب من بيانات ، وما أسفر عنه بحثها لهذا الطلب من المستندات المقدمة ومن الدفاتر والحرائط والمراجع الموجودة بها . ويختم هذا الإخطار بختم « مقبول للشهر » ، وإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم الإخطار فى خلال ١٥ يوماً من تاريخ تحريره ، أرسل إليه مع المستندات المقدمة منه فى العنوان الذى بينه فى الطلب .

١٥٤ - مشروع المهرر المراد شهره والتأشير عليه بصورته للشهر :

يعتبر « القبول للشهر » ترخيصاً لصاحب الشأن في إعداد المهرر المراد شهره ، بعد أن تكون المأمورية قد ضبطت البيانات الخاصة بالعقار وأصل ملكيته ، وتأكدت من مطابقة المهرر من ناحية الشكل لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون لإجراء الشهر . وقد انتهت بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وهي الخطوة الأولى من المرحلة التمهيدية للشهر ، وتأتي بعد ذلك الخطوة الثانية لهذه المرحلة التمهيدية وهي تحضير مشروع المهرر .

فإذا كان المهرر المراد شهره عرفياً ، وجب أن يحرر على الورق الأزرق الخاص المعد لذلك ، ويكون التحرير بالمداد الأسود ، وهذا هو الأصل الذي يحفظ وتؤخذ منه صور فوتوغرافية . وإذا كان المهرر رسمياً ، كان التحرير على ورق أبيض عادي مسطر ، وبعد توثيقه تحفظ منه الصورة الأولى وهي محررة على الورق الأزرق ، وتؤخذ من هذه الصورة الصور الفوتوغرافية . وفي الحالتين يجب أن يشتمل المهرر على جميع البيانات الواردة في « إخطار القبول للشهر » ، فيجب إذن أن يكون مشروع المهرر صورة كاملة لما هو وارد في إخطار القبول من بيانات ، وإلا وجب تقديم طلب جديد برسم جديد وأسبعية جديدة .

فإذا أعد مشروع المهرر على النحو سالف الذكر ، قدمه صاحب الشأن إلى المأمورية مقروناً به إخطار القبول أو صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر وجميع المستندات التي سبق تقديمها مع الطلب . فتقوم المأمورية بتدوينه ، بحسب تاريخ وساعة تقديمه ، « بدقتر أسبعية مشروعات المهررات » . فإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع مهرر خاص بنفس العقار ، وجب بحث هذه المشروعات بحسب ترتيب تقديمها ، وإعادة المشروعات إلى أصحابها بنفس الترتيب بعد انقضاء فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تقديم كل منها بحيث لا يتجاوز الفترة خمسة أيام (١) .

(١) ولم يقصد بنظام الأسبعية ، في الطلبات وفي مشروعات المهررات ، حماية صاحب الطلب أو المشروع الأول حماية مطلقة . ولكن أريد منه فترة مناسبة ليبادر إلى استكمال الخطوات اللازمة للشهر في أثنائها ، حتى يحفظ بأسبعية . أما إذا علم صاحب الطلب الأول إخطار القبول فأهمل في تقديم مشروع المهرر ، وبإدراك صاحب الطلب الثاني إلى تقديم مشروع

وبحث مشروع المهرر يكون بالتثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فاذا وجدت مطابقة أشرت المأمورية على مشروع المهرر بصلاحيته للشهر ، وذلك بوضع خاتم عليه في صدره وفي آخره من الناحيتين يسمى خاتم « صالح للشهر » (١) .

١٥٥ - توقيع المهرر وعملية التسجيل : تنتهى بالتأشير على مشروع

المهرر بالصلاحيه للشهر المرحلة التمهيدية لإجراءات الشهر ، فاذا ما تسلم صاحب الشأن مشروع المهرر مؤشرا عليه بالصلاحيه للشهر قدمه إلى مكتب التوثيق المختص أو إلى أحد فروع لتوقيعه من ذوى الشأن . فاذا كان المهرر رسميا تولى مكتب التوثيق عملية توقيعه ، وإذا كان عرفيا تولى مكتب التوثيق التصديق على توقيعات ذوى الشأن . ولا تتم عملية التوقيع أو التصديق إلا بعد دفع رسم التوثيق أو التصديق ورسوم التسجيل كاملة .

ثم يقدم صاحب الشأن المهرر بعد توقيعه لمكتب الشهر الكائن في دائرته العقار ، وهو المكتب الذى تتبعه المأمورية التى تولت إتمام المرحلة التمهيدية للشهر ، ويرفق بالمهرر جميع المستندات المؤيدة للصفة والتكليف وأصل الملكية . ويعطى مكتب الشهر لمن قدم المهرر إيصالا مينا به رقم الشهر

محرره قبل صاحب الطلب الأول ، فإن الثانى يكسب على الأول أسبقية في دفتر مشروعات المحررات وينعكس الترتيب .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق أسبقية المشروعات اكفاء بأسبقية الطلبات ، تبسيطا للإجراءات وتيسيراً على أصحاب الشأن ، فبذل المشروع المادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى على الوجه الآتى : « إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تقديمها في الدفتر المد لك ، وأن تنقضى بين أبحاث الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول أو مشروعه مؤشراً عليه بالصلاحيه ، وإعادة الطلب اللاحق أو مشروعه مؤشراً عليه بذلك ، فترة معادلة للفترة التى تقع بين مياد كل من الطلبين ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وتحتسب الفترة المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المهرر مؤشراً عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال » .

(١) وإذا كانت البيانات غير مطابقة ، لم يقبل مشروع المهرر ، ووجب تقديم مشروع جديد . وفي حالة ما إذا وجدت البيانات مطابقة ، وأشر على مشروع المهرر بصلاحيه للشهر ، ولم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المهرر في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه بالصلاحيه للشهر ، تولت المأمورية إرسال المشروع إليه في محل إقامته المين بالطلب .

وتاريخه ، ويبين في الإيصال المستندات التي قدمها صاحب الشأن مع المحرر .
ورقم الشهر الذي يحمله الإيصال هو رقم مسلسل لكل محرر يقدم بحسب
ترتيب تقديم المحررات (١) ، بحيث لا يتم شهر محرر إلا في دور رقمه
المسلسل (٢) .

وتتم عملية التسجيل بتدوين المحرر في دفتر يعد لذلك بكل مكتب ،
ويسمى « بدفتر الشهر » (٣) ، وتثبت فيه المحررات بأرقام متتابعة وفقا
لتواريخ وساعات تقديمها للشهر ، وبحسب أسبقيتها في التقديم للمكتب .
ويحفظ أصل المحرر المدون على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات
العرفية ، أو الصورة الأولى المحررة على الورق الأزرق الخاص إن كان من
المحررات الرسمية ، وذلك في أماكن خاصة معدة لهذا الغرض . أما الذي
يدون في دفتر الشهر فرقم الشهر وتاريخ وساعة إجرائه واسم الصادر لمصلحته

(١) ونظام الأسبقية في الطلبات وفي مشروعات المحررات هو نفس نظام الأسبقية الذي
يتبع في الشهر النهائي . فإذا تباطأ صاحب المشروع الأول الصالح للشهر ، فن الجائز أن
يسبقه إلى التسجيل النهائي صاحب المشروع الثاني الصالح للشهر . ولما كانت العبرة بالسجل
النهائي ، فإن هذا الأخير يكسب الملكية أو الحق المبنى نهائيا ، مع أنه كان في جميع المراحل
السابقة تاليا في الأسبقية لصاحب المشروع الأول .

(٢) ويسلم المحرر المعدل للشهر إلى قسم المراجعة بمكتب الشهر ، فيتولى القسم إعادة بحثه لتثبت
من أن تأثير المأمورية على مشروع المحرر بالصلاحية للشهر لم يجانب الصواب في أي بيان
أو إجراء يتطلبه القانون ، كما يتولى مراجعة المحرر من ناحية الرسوم لتثبت من سلامة تقديرها .
ويتولى قسم المراجعة عمل ملخص (chemise) للمحرر ، ويوقع مقدم المحرر على تعهد
في صدر هذا الملخص بقبوله رد المحرر إليه في عنوانه المبين في المحرر أو في أي عنوان آخر
يبيته في حالة ما إذا لم يتقدم لتسلمه في ظرف عشرة أيام من تاريخ تقديمه ، إذا اتضح أن به
نقصا في الإجراءات أو الرسوم يمنع من إجراء عملية الشهر .

(٣) ويقفل العمل في دفتر الشهر في ذيل آخر محرر قدم للشهر في ذلك اليوم ، مع
ذكر الساعة ورقم المحرر الذي حصل التأشير في ذيله ، ويوقع أمين المكتب أو الأمين المساعد
على هذه البيانات ، كل هذا حتى لا يشهر محرر بتاريخ يوم سابق على تاريخ تقديمه للشهر .
ويكون دفتر الشهر مرقم الصفحات ، وموقعا على كل ورقة فيه من الأمين العام للشهر العقاري
أو من يتنب لذلك بقرار من وزير العدل . ويفرد دفتر الشهر في كل مكتب لكل سنة ، فإذا انتهى
العمل في ٣١ ديسمبر من أي سنة حرر محضر في ذيل آخر محرر شهر في هذا التاريخ . وينتهي
العمل في هذا الدفتر نهائيا ، على أن يصير إثبات المحررات ، اعتباراً من أول يناير التالي ، في
دفتر جديد .

المحرر ، واسم الصادر ضده هذا المحرر ، وبيان العقار ، ونوع التعامل . ويتولى مكتب الشهر التأشير على المحرر بما يفيد تدوينه في دفتر الشهر بمحضر يبين فيه رقمه المتابع في هذا الدفتر ، مع ذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة وبيان الساعة التي تم فيها التدوين ، ويوقع هذا المحضر أمين المكتب أو الأمين المساعد (١) .

فإذا ما تمت عملية التسجيل على هذا النحو ، قامت أقلام التصوير الشمسي التابعة لمكتب الشهر بأعداد صورتين فوتوغرافيتين من كل محرر تم شهره . وتؤخذ هاتان الصورتان من أصل المحرر العرفي الملون على الورق الأزرق ، أو من الصورة الأولى الملونة على الورق الأزرق من أصل المحرر الرسمي ، مع حفظ كل من أصل المحرر العرفي والصورة الأولى من أصل المحرر الرسمي بالأماكن الخاصة المعدة لذلك (٢) كما سبق القول . وتسلم إحدى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ تقضى المواد ٢٥ و ٢٨ و ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات والمحررات تثبت في دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقاري حسب تواريخ وماعات تقديمها ، فإن في ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق في التسجيل يتعين حث - إن تما في يوم واحد - بأسمية رقم التسجيل في دفتر الشهر . وقد حث المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لحض الصدقة ، نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر في المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد . ذلك أن مؤدى نصوص المواد ١٥ و ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت . وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله ، حتى إذا ما حكم له بطلباته فإن الحق الذي قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل العريضة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً لقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات شملت بعد هذا التاريخ (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) . وانظر نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ص ٢٩٥ .

(٢) وإذا كان المحرر المقدم للشهر يشتمل على مقارنات تقع في دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد ، قدم المحرر للشهر بأحد هذه المكاتب . فإذا ما تم التسجيل سحبت لمور فوتوغرافية وقدمت إلى المكاتب الأخرى لإجراء التسجيل في كل مكتب على حدة ولا ينتج التسجيل أثره إلا في خصوص العقار الذي يقع في دائرة اختصاص المكتب الذي تم فيه التسجيل .

الصورتين الفوتوغرافيتين لصاحب الشأن بعد التأشير عليها من أمين المكتب بمطابقتها للأصل وذكر اسم من سلمت الصورة إليه ، وترسل الصورة الفوتوغرافية الأخرى إلى إدارة المحفوظات التابعة للمكتب الرئيسي للشهر العقاري وذلك لحفظها فيها (١) .

١٥٦ - التأشير الرهائى : يثبت مكتب الشهر التأشير الهامشى فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلتحق بهذا المحرر . ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه (٢) . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب واسم أبيه وجده لأبيه ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وبيان نوع المحرر المراد التأشير فى هامشه مع ذكر تاريخ ورقم شهره ، والسند الذى يبيع التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها كمكتب التوثيق إذا كان محررا رسميا وكالمحكمة التى أصدرته إذا كان حكما ، وأسماء ذوى الشأن فى السند الذى يبيع التأشير . ويجب أن يقرن الطلب بالسند الذى يبيع التأشير ، وبسائر الأوراق المؤيدة له .

وتدرج طلبات الشهر الهامشى « بدفتر أسبقية طلبات التأشير الهامشى » بأرقام متتابعة حسب تاريخ وساعة تقديمها للمكتب ، كما يبين فى هذا الدفتر ماتم فى شأن كل طلب منها . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء ، فيمر الطلب بمراحل الشهر من حيث القبول والصلاحيه للشهر ، ثم يعاد إلى مكتب الشهر لشهره .

فإذا أصبح الطلب مستوفيا لجميع البيانات التى يتطلبها القانون ، وكانت

(١) فإن كان موضوع المحرر يتطلب تعديلا فى دفاتر المكلفة ، تول مكتب الشهر استخراج صورة فوتوغرافية ثالثة من المحرر وترسل إلى المحافظة ، مينا عليها خاتم « نقل التكليف » ، وذلك لتقوم المحافظة بإجراء التعديلات المترتبة على تسجيل المحرر فى دفاتر المكلفة ، ويكون استخراج هذه الصورة الفوتوغرافية الثالثة على نفقة صاحب الشأن .

(٢) ويسدد على طلب التأشير الهامشى الرسم المقرر لطلبات ، وقدره ٥٠٠ مليم .

المستندات المرافقة له تتيح لصاحبه حق شهره بطريق التأشير الهامشى (١) ،
أثبت المكتب هذا التأشير فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلتحق بهذا
المحرر ، مع بيان تاريخ التأشير والساعة التى تم فيها . ويوقع على هذا التأشير
أمين المكتب أو الأمين المساعد .

فإذا ما تم إجراء الشهر بطريق التأشير الهامشى . أعطى المكتب صاحب
الشان شهادة تفيد حصول هذا التأشير . ويبين فى الشهادة نوع المحرر الذى
أجرى التأشير فى هامشه وتاريخ وساعة شهره ، وكذلك تاريخ وساعة إجراء
عملية التأشير الهامشى نفسها . وتحمل هذه الشهادة محل الصورة الفوتوغرافية

(١) وإذا تبين أمين المكتب أن التأشير الهامشى لم يستوف البيانات أو المستندات اللازمة
أبلغ الطالب أوجه النقص ، ويحدد له أجلاً لتلافيا على ألا يجاوز هذا الأجل شهراً ، ويمكن منحه
أجلاً آخر إذا اتضح أنه جاد فى طلبه وأن الاستيفاء يتطلب وقتاً أطول . فإذا لم يستوف الطالب
البيانات أو المستندات اللازمة فى الأجل المحدد ، أشر المكتب على الطالب بالحفظ مع بيان
الأسباب . والطالب أن يطلب كتابة إلى أمين المكتب فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه
لقرار الحفظ المسبب رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب
الشهر فى دائرتها ، وعلى أمين المكتب عرض الأوراق فوراً على القاضى فيما أن يؤيد هذا قرار
الحفظ أو يصدر قراراً بإجراء التأشير الهامشى المطلوب . وقرار قاضى الأمور الوقتية نهائى
لا يجوز الطعن فيه .

وإذا تقدم طلبان متعارضان للتأشير الهامشى ، بحث الطلب الأول ، فإذا تم التأشير الهامشى
به امتنع تنفيذ الطلب الثانى . وإذا كان الطلب الأول غير مستوف ومنع صاحبه أجلاً ،
امتنع على المكتب إجراء التأشير بالطلب اللاحق إلا بعد حفظ الطلب الأول وانقضاء عشرة أيام
وهى مهلة التظلم أو الفصل فى التظلم من قاضى الأمور الوقتية .

وقد عدل المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق هذه الأحكام ، فنص فى المادة
٤٢ منه على ما يأتى : - لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، فى خلال عشرة أيام
من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمحكمة التى يقع
مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضى حكمه فى خلال أسبوع غل أو أكثر ، بعد الإطلاع
على الأوراق وسماع أقوال مثل مصلحة الشهر العقارى ، بإجراء التأشير الهامشى أو برفضه ،
تب لتحقيق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ولا يجوز الطعن
فى الأحكام التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق من طرق الطعن .

التي تعطى لصاحب الشأن في حالة التسجيل (١) .

(١) الشهر بطريق الإيداع : ويوجد نظام الشهر بطريق الإيداع للمحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهي المحررات التي لا تخضع للإجراءات العادية الواردة في قانون الشهر العقاري . فقد نصت المادة ٤٤ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية على أنه « لا يسرى هذا القانون على المحررات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاصة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها » . ونصت المادة ٥٧ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية أيضاً على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشهر بطريق الإيداع ، على الوجه المبين باللائحة التنفيذية ، المحررات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي » . ونصت المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على أنه « في الأحوال التي يجيز فيها القانون الشهر بطريق الإيداع ، تنسخ صورة مصدق عليها من المحرر على الورق الخاص المشار إليه في المادة ١٩ ، وتتبع باقي الإجراءات المنصوص عليها في المواد التالية ، ويحفظ الأصل في مكتب الشهر » .

فن يرغب في شهر محرر ثابت التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ عن طريق توقيع أو ختم لإنسان توفي ، عليه أن يقوم بنسخ صورة من هذا المحرر موقع عليها منه ، وذلك على الورق الأزرق الخاص بالمداد الأسود ، ويجب أن يكون توقيع صاحب الشأن على هذه الصورة مصدقاً عليه . ويقدم أصل المحرر الثابت التاريخ معه الصورة المحررة على الورق الأزرق الخاص إلى مكتب الشهر المختص لإيداع المحرر ، ويتولى أحد الموثقين تحرير محضر يثبت فيه هذا الإيداع بحضور شاهدين . ويذكر في محضر الإيداع اسم الموثق واسم طالب الإيداع واسم أبيه وجده لأبيه وجنسية ومحل إقامته ، ووصف شامل للمحرر المودع يبين به نوع المحرر وأسماء وأصحاب الشأن فيه والمقار موضوع العقد والتمن أو المقابل وشكل الورق ونوع الحبر وما قد يكون في المحرر من تصحيح أو كشط أو تحشير والطريق الذي تم به إثبات تاريخ المحرر قبل سنة ١٩٢٤ والسلطة التي تم بها إثبات التاريخ . ثم يذيل هذا المحضر بتوقيعات الموثق وطالب الإيداع والشاهدين . وتنسخ من محضر الإيداع صورة طبق الأصل على الورق الأزرق الخاص ، ويقيّد هذا المحضر في دفتر الإيداع بحسب تاريخ وساعة تقديمه للمكتب . وتعطى لصاحب الشأن صورة فوتوغرافية من محضر الإيداع ومن أصل المحرر ، وتحفظ باقي الأوراق بالمكتب المختص . وإذا مات شهر محرر بطريق الإيداع ، لم ينصرف أثر ذلك إلى تاريخ إدراجه بدفتر الإيداع ، ولكن إلى التاريخ الثابت فيه . ويعتبر ناقلاً للملكية منذ هذا التاريخ الثابت ، وتحترم جميع التصرفات التي سبق أن استندت إليه في إبرامها .

هذا وقد أقر المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق الشهر بطريق الإيداع على الوجه المتقدم ، إذا نصت المادة ٧ من مشروع قانون إصدار هذا المشروع على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من القانون المرافق ، يجوز أن تشهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية المحررات التي تجيز القوانين الخاصة شهرها بهذا الطريق » . فأغفل النص ذكر المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ من بين المحررات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ووكّل إلى القوانين الخاصة بيان المحررات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ومن هذه القوانين قانون نزع الملكية والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فيما يختص بطرح النهر .

المطلب الثاني

إجراءات الشهر في قانون السجل العيني

١٥٧ - تنظيم السجل العيني : تعرف المادة الأولى من قانون السجل

العيني هذا السجل بأنه « هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار ، وتبين حالته القانونية ، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به » . وتتولى مصلحة الشهر العقاري أعمال السجل العيني ، بما لها من مكاتب ، وبما يلحق بكل مكتب للسجل العيني من مأموريات ، بحيث يختص كل مكتب من مكاتب السجل العيني دون غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه .

وتقسم البلاد من مدن وقرى إلى أقسام مساحية ، يصدر قرار من وزير [العدل بتعيينها . ويخصص سجل عيني لكل قسم مساحي ، ويتكون القسم المساحي من وحدات عقارية . وتعتبر وحدة عقارية : (١) كل قطعة من الأرض تقع في قسم مساحي واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع ، دون أن يفصل جزءا منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك

الكشف النظري والشهادة المقارية : وهناك طريقتان للبحث في دفاتر الشهر :

(١) الكشف النظري (vision) : ويكون باطلاع صاحب الشأن ، تحت مسئوليته ومراقبة الموظف المختص ، على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس وعلى أي محرر تم شهره ، وذلك ابتداء من المدة التي يحددها . (٢) الشهادة المقارية (Certificat hypothécaire) : وهي كشف رسمي ، يستخرج من واقع دفاتر مكتب الشهر المختص ، عما يكون قد شهر من محررات أو قيود أو أحكام أو تأشيرات هامشية عن عقار معين ، بالنسبة إلى شخص معين ، ولمدة معينة . ويبين في طلب هذه الشهادة المقارية اسم صاحب العقار واسم أبيه وجده لأبيه : واسم الناحية والمركز أو القسم والمحافظة الكائن بها العقار المطلوب الاستعلام عنه ، مع ذكر المنزل واسم الشارع إن كان بناء أو أرض بناء ، والخوض إن كان أرضا زراعية ، والمدة المطلوب إجراء البحث عنها . فإذا لم تظهر تسجيلات أو قيود ، سلم مكتب الشهر المختص الطالب شهادة سلبية بذلك . أما إذا ظهرت تسجيلات أو قيود ، فيبين ملخصها في الشهادة المقارية ، بذكر اسم الصادر لمصلحته والصادر ضده المحرر ، وبيان العقار والتمن أو المقابل ، والتأشيرات الهامشية إن وجدت . وتكون الشهادة المقارية في هذه الحالة شهادة إيجابية تسلم للطالب ، تحت مسئولية الحكومة بحيث إذا وقع خطأ في الشهادة كان للطالب الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الخطأ .

عام أو خاص ، ودون أن يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها . (٢) المناجم والمحاجر . (٣) المنافع العامة . ويجوز بقرار من وزير العدل أن تعتبر منطقة من مناطق السكنى أو غيرها وحدة عقارية في حملتها ، وتقرر لها صحيفة عامة ، وبعد لشهر التصرفات الخاصة بهذه المساكن فهرس يرتب بأسماء الأشخاص ويلحق بالصحيفة العقارية .

ويفرد في السجل العيني للقسم المساحى صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، ترقم وفقا للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل . وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إمساك السجل العيني ، وكذلك الوثائق المتعلقة به (١) .

(١) ويثبت في صحيفة كل وحدة عقارية حدودها الطبيعية وأسماء الملاك المجاورين ، وتتولى مصلحة الشهر العقاري وضع الملامات على حدود كل وحدة عقارية . ويجب على واضع اليد على الوحدة العقارية ، أيا كان سبب وضع يده ، أن يمكن الموظفين المنوط بهم عملية المساحة من القيام بعملية التحديد ، وعلى رجال الفسطة القضائية أو رجال الإدارة تمكين هؤلاء الموظفين من وضع الملامات اللازمة لتحديد الوحدات العقارية . أنظر المواد ١٥-١٧ من قانون السجل العيني .

وتنص المادة ٦٢ من قانون السجل العيني على أن « علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة . فإذا فقدت أية علامة أو أتلقت أو غير مكانها بعمرة أحد من غير الموظفين المختصين ، فإن مصروفات إعادة وضعها تقع على عاتق من ثبتت مسؤوليته ، إلا حصلت تلك المصروفات من واضعي اليد والملاك الذين وضعت العلامة لتحديد وحداتهم وذلك بالتضامن فيما بينهم بالطرق الإدارية » .

وجاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني: « هذا والوحدة العقارية (unité foncière) أساسها الوحدة القانونية التي تستند إلى حق المالك نفسه وسنده الذي نشأ عنه هذا الحق . فليس المناط الوحدة الضريبية (unité fiscale) أو الوحدة الاقتصادية (unité économique) التي أساسها وحدة الاستغلال . وقد روى الأخذ بهذا المقياس نظراً لما يكفله نظام الوحدة القانونية من ثبات للوحدة العقارية يحقق التطابق بين الصحيفة العقارية وبين الخريطة المساحية ويصون الائتمان ولئن كانت المنافع العامة ، كالطرق وموارد المياه ، غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، مما قد يدعو إلى القول بعدم إخضاعها للقيد في السجل ، إلا أن إدراجها فيه واعتبارها وحدة عقارية ، وهو ما أخذ به المشرع ، من شأنه تيسير التحديد المادي للملكيات الخاصة المجاورة لها ، وإعطاء صورة صادقة عن قيمتها ، فضلاً عن إقلال المنازعات بشأن دخول الملك العام في الأملاك الخاصة » .

ويأخذ بكل سجل عيني للقسم المساحي فهرس شخصي هجائي ، يكون فيه لكل مالك صحيفة خاصة يبين فيها الوحدات العقارية التي يملكها في هذا القسم المساحي ، وتدون بيانات هذا الفهرس من واقع البيانات المثبتة في السجل العيني .

ولا يجوز أن تنقل من مكاتب السجل العيني أصول المحررات التي تم قيدها ولا السجلات والدفاتر والوثائق المتعلقة بالقيد ، على أنه يجوز للسلطات القضائية أو من تندبه من الخبراء الاطلاع عليها .

والقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري تسرى على التصرفات والحقوق الخاضعة لقانون السجل العيني ، سواء فيما يتعلق بقيدها أو التأشير بها أو حفظها أو بالنسبة إلى طلبات الإجراء فيها .

١٥٨ - إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة : أول خطوة

في إدخال نظام السجل العيني هي إنشاء هذا السجل في كل قسم مساحي . فيجب حصر جميع الوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي ، وتفرد لكل وحدة عقارية الصحيفة الخاصة بها ، وتثبت الحقوق في هذه الصحيفة ، وهذا ما يسمى بالقيد الأول . وتنص المادة ١١ من قانون السجل العيني على أنه : لا تثبت الحقوق في صحائف السجل إلا إذا كانت قد نشأت أو تقررت بسبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية ، وإذا كان هذا السبب تصرفاً أو حكماً وجب أن يكون قد سبق شهره ^(١) .

وتستخلص بيانات الصحائف من المصادر الآتية :

(١) دفتر المساحة وسجل الأطيان .

(٢) التصرفات التي سبق شهرها ، وهي مدونة في دفاتر الشهر العقاري التي سبقت الإشارة إليها . وفي حالة قيام التناقص بين هذه المحررات عن قطعة مساحية واحدة ، تتولى مصلحة الشهر العقاري إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، ويرفق بصحيفة الوحدة العقارية تقرير عن نتيجة هذه الدراسة . وإذا كانت

(١) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وذلك حتى تكون الحقوق قد انتقلت بمقتضاه ، فيمكن إجراء القيد الأول على مقتضاه » .

هناك محررات تتناول نقل حق عيني أو إنشائه أو زواله ولم يسبق شهرها ، وكانت ثابتة التاريخ عن غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي ، فان هذه المحررات تخفيض رسوم شهرها بمقدار ٥٠٪ إذا قدمت للشهر في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . والفرض من تخفيض الرسوم في هذه الحالة تشجيع الناس على شهر تصرفاتهم ، وحثهم على المبادرة إلى ذلك ، بتحديد ميعاد قصير يتم فيه هذا الشهر . فاذا ما تقدمت طلبات الشهر إلى مكاتب الشهر العقاري ، أرسلت صور من هذه الطلبات بمجرد تقديمها إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية على أساس هذه المحررات .

(٣) استمارات التسوية المشار إليها في المادة ١٩ من قانون السجل العيني . وتنص هذه المادة على أنه : في أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ، وفي أحوال وضع اليد على عقارات مفرزة بمقتضى عقود قسمة لم تشهر ، وفي جميع الأحوال الأخرى التي لا يكون وضع اليد فيها ثابتا في محررات مشهرة . يجوز لأصحاب الشأن ، باتفاقهم واتفاق من يكون له حقوق عينية تبعية على هذه الأعيان ، أن يقوموا في ميعاد الشهرين المشار إليه في المادة السابقة بإثبات اتفاقاتهم في استمارات تسوية تقوم مقام المحررات المشهرة وتسلم هذه الاستمارات إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية وفقا لها . وتخفيض رسوم الشهر . المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠٪ ، إذا كان وضع اليد سابقا على صدور القانون بمدة خمس سنوات على الأقل . ويصدر قرار من وزير العدل ببيان كيفية تحرير الاستمارات . وقد قصد من استمارات التسوية هذه تشجيع الناس على إثبات حقوقهم المستمدة من وضع اليد ، إذا لم يكن وضع اليد ثابتا في محررات تم شهرها . فتقوم استمارات التسوية ، التي تتضمن اتفاق أصحاب الشأن على إثبات هذه الحقوق وكذلك أصحاب الحقوق العينية التبعية على العقارات . مقام هذه المحررات . وتسلم إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق التي تتضمنها في صحائف

الوحدات العقارية . وقد أشار النص بوجه خاص إلى أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ولكن تلاها وضع اليد على العقارات ، وإلى عقارات مفرزة وضع المتقاسمون أيديهم عليها بموجب عقود قسمة لم تشهر . ويجب أن يقوم أصحاب الشأن بإثبات اتفاقاتهم في استمارات التسوية في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني ، فإذا كان وضع اليد قديما أى سابقا على صدور قانون السجل العيني في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ بمدة خمس سنوات . على الأقل خفضت رسوم الشهر المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠ ٪ .

(٤) وضع اليد في غير الأحوال المشار إليها فيما تقدم ، ويجب تحقيق واقعة وضع اليد (١) . ولكن لا تثبت الحقوق في السجل العيني على أساس وضع اليد ، إلا إذا لم يكن في المحررات التي تم شهرها ما يناقضها (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وجدير بالذكر أن الأسباب الأخرى لاكتساب الحقوق العينية والتي لايتطلب القانون شهرها يمكن الأخذ بها ، وإثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة على أساسها وفقا لأحكام هذا القانون . وتسهيلا للإدراج الأول في السجل ، تنص المادة ١٣ بأنه لا يصح للمصلحة إثبات الحقوق على أساس وضع اليد المكسب إلا إذا لم يكن في المحررات المشهرة ما يناقضها . ومن المفهوم أنه يجب على المصلحة التثبت في هذه الحالة من توافر شروط اكتساب الملكية بالتقادم . أما إذا قام التناقض بين المحررات المشهرة عن قطعة مساحية واحدة ، فتتولى المصلحة إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، على أن يرفق بصحيفة الوحدة تقرير عن نتيجة هذه الدراسة ضمن الوثائق المتعلقة بالسجل (م ١٨) . وبديهي أنه لا يدخل في حكم النص حالة التنازع في وضع اليد ، إذ العبرة هنا بالمحررات المشهرة المزیدة بوضع اليد » .

(٢) والأصل أن للسجل العيني حجية مطلقة كما سبق القول (أنظر أيضا فقرة ١٣٦) ، وعلى ذلك لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل (م ٣٧ من قانون السجل العيني) . ولكن يستثنى من ذلك قيد الحقوق المستندة إلى وضع اليد المكسب بناء على حكم صادر بذلك ، بشرط أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم في خلال خمس سنوات من بدء سريان نظام السجل العيني على القسم المساحي الواقع فيه الوحدة العقارية محل وضع اليد . فإذا رفع واضع اليد دعواه بتملكه المقار بالتقادم وصدر الحكم لصالحه قبل انقضاء مدة الخمس السنوات ، أو رفع دعواه في خلال هذه المدة ولولم يصدر الحكم لصالحه إلا بعد انقضائها ، قبل قيد الحق الذي تملكه بالتقادم في السجل العيني على خلاف ما هو ثابت بهذا السجل بناء على هذا الحكم .

وبعد أن ينشأ السجل العيني في القسم المساحي وتثبت فيه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي بسطناه : تتخذ الإجراءات لدعوة أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، حتى إذا كان هناك وجه للاعتراض عليها منهم تقدموا بدعواهم وطلباتهم إلى اللجنة القضائية التي سيأتى ذكرها : ويكون ذلك بعد صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . وتنص المادة ٢٠ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أنه « بعد صدور القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر في الجريدة الرسمية ، وفقا للإجراءات والمواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية ، إعلان يتضمن تنبيه أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى ميعاد سريان القانون في القسم المساحي ، ودعوتهم إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، كما يتضمن تنبها إلى ميعاد الطعن المذكور في المادة ٢١ . وعند حلول ميعاد السريان المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر عن البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي لإطلاع أصحاب الشأن عليها . ويرسل لإخطار ، بالطريقة التي تبينها اللائحة ، إلى

تنص المادة ٣٨ من قانون السجل العيني على هذه الأحكام فيما يأتى : « استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية ، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقاً عينياً من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأثير المنصوص عليه في المادة ٣٢ من هذا القانون (التأثير في السجل بمضمون الطلبات في دعوى التملك بالتقادم) . »

وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : (. . نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم . كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مفتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل . على أن المشرع قد أتى بحكم وقى روعى فيه التوفيق بين الأحكام الجديدة وبين ما يبنى من احترام لوضع اليد السابق على القانون ، فنص في المادة ٣٨ على أنه استثناء من أحكام المادة السابقة »

أصحاب الشأن الواردة أسماؤهم في كل صحيفة من صحائف الوحدات العقارية ببيان ما أثبت باسمهم في هذه الصحائف من حقوق : وما يقع على هذه الوحدات العقارية من تكاليف وحقوق عينية .

وفي خلال سنة من بدء سريان قانون السجل العيني على القسم المساحي - ويجوز بقرار من وزير العدل مدتها سنة أخرى - يجوز لكل ذي شأن أن يتقدم بطلب إجراء تغيير في بيانات السجل العيني المتعلقة بالوحدات العقارية الواقعة في هذا القسم المساحي . ويرفع هذا الطلب إلى لجنة قضائية تشكل في كل قسم مساحي ، برئاسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفي مصلحة الشهر العقاري أحدهما قانوني والثاني هندسي . ويصدر بتعيين أعضائها ولائحة إجراءاتها قرار من وزير العدل . وتكون الأحكام الصادرة من اللجنة القضائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها القسم المساحي ، ومع ذلك تكون هذه الأحكام نهائية لا تقبل الاستئناف : (١) إذا كان التغيير المطلوب إجراؤه في بيانات السجل متفقاً عليه بين جميع ذوى الشأن الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٢) إذا كان هذا التغيير لا يمس بحق شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٣) إذا كان الحق المتنازع فيه لا يتجاوز أصلاً النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية (١) .

١٥٩ - التغيير والتصحيح في بيانات السجل العيني : والبيانات المدونة في صحائف السجل العيني لا يجوز في الأصل إجراء تغيير أو تصحيح فيها .

(١) وتنص المادة ٢٥ من قانون السجل العيني على أنه « لا تستحق رسوم على الدعاوى والطلبات التي ترفع إلى اللجنة . على أنه إذا تبين للجنة أن طلب إجراء التغيير يترتب صرفاً جديداً يراد التهرب من أداء الرسوم المستحقة عنه ، ضمنى قرارها أداء الرسوم وفقاً للقوانين المعمول بها ، ولا ينفذ قرارها إلا بعد أداء الرسوم . كما يستحق عند استئناف الأحكام الصادرة من اللجنة الرسوم المستحقة أصلاً عن الدعاوى الابتدائية وعن الاستئناف ، وترد الرسوم كلها أو بعضها عند الحكم لصالح المتأنف » .

أما التغيير في البيانات ، فلا يجوز إجراؤه إلا بناء على حكم صادر من اللجنة القضائية على الوجه الذي سبق بيانه (١) ، أو بناء على حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها ، أو بناء على محررات رسمية صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل (٣٩ / ١ من قانون السجل العيني) (٢) . كذلك تعدل بيانات السجل العيني إذا تناول الوحدة العقارية تغيير بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إلزائها ، سواء أخطر عنها مالك الوحدة العقارية أو تكشف في أثناء إجراء عملية تحديد أو غيرها ، وهذا ما تنص عليه المادتان ٤٠ و ٤١ من قانون السجل العيني . فتص المادة ٤٠ على أنه : يجب على ملاك الوحدات العقارية إخطار أمين السجل بكل تغيير يتناول الوحدة العقارية بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إلزائها ، ويرفق بالإخطار إقرار رسمي يتضمن التغييرات ، وتعدل بيانات السجل العيني تبعاً لها دون اقتضاء أية رسوم . ويجب أن يتم الإخطار في خلال الثلاثة أشهر التالية لإتمام التغيير . وتنص المادة ٤١ على أنه : إذا تبين عند الانتقال للطبيعة لإجراء عملية تحديد أو غيرها وجود تغييرات غير مثبتة في صحائف السجل ، أثبتت في السجل بقرار يصدره الأمين متضمناً هذه التغييرات ، مع إلزام المالك المتخلف عن الإخطار المشار إليه بالمادة السابقة بغرامة قدرها $\frac{1}{4}$ ٪ من قيمة العقار وبشرط ألا تتجاوز مائة جنيه ولا تقل عن عشرة جنيهات ، ويعتبر هذا القرار

(١) انظر آنفاً ص ٤٣٨ .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « هذا وقد أورد القانون الاستثناءات التي ترد على المبدأ السابق (مبدأ القوة المطلقة للقيد) ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٣٩ على المحررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني ، وحصرها في قسین : (الأول) المحررات الموثقة الصادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركناً في التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقيد المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفي ، ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . (الثاني) الأحكام أو القرارات الصادرة من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها في المادة ٢١ . »

نهائياً . وتحصل بالطريق الإدارى ، وتكون لها مرتبة امتياز رسوم الشهر .
وللأمين العام الإقالة من الغرامة أو تخفيضها ، إذا أبدت أعذار مقبولة « (١) .
وأما التصحيح فى بيانات السجل العيى ، فلا يتناول إلا الأخطاء المادية
البحثة . فإذا كان القيد لم يتم بعد ، كان لأمين السجل أن يصحح هذه الأخطاء
من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن . أما إذا تم القيد ، فانه
يجب على الأمين عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب
موصى عليه بعلم وصول ، ويحمر محضراً بوضع فيه أسباب الخطأ وكيفية
كشفه (م ٣٩/٢ و ٣ من قانون السجل) (٢) .

وتتم إجراءات التغيير والتصحيح بناء على طلب ذوى الشأن أو من
يقوم مقامهم ، وفقاً للشروط والأوضاع التى ينص عليها قانون السجل
العيى ولائحته التنفيذية . ويخطر كل شخص تغيرت حقوقه أو زالت ،
نتيجة للتغيير أو التصحيح ، بكل قيد أو عمو أو تأشير أو تصحيح أجرى
فى السجل العيى ، وذلك بارسال خطاب موصى عليه مع علم وصول إلى

(١) وتنص المادة ٦٣ من قانون السجل العيى على ما يأتى : « على الجهات المشرفة
على أعمال التنظيم وعلى المحافظات أن تخطر الجهة القائمة على السجل العيى فى أول كل شهر
برخص البناء والهدم المعلقة لأصحاب الشأن ويربط المزايد المستجدة ، وذلك لكى تقوم الجهة
الآخيرة بتطبيق نظام المدن على الوحدات العقارية المنشأة عليها هذه الأبنية عند إدراج أى تصرف
يتعلق بها فى السجل العيى » . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بغرامة لا تقل من مائة
قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات ، وتعمد الغرامة بتعدد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل
العيى) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العيى فى هذا الصدد : « هذا وقد أجازت
الفقرة الثانية من المادة ٣٩ لأمين السجل أن يصحح الأخطاء المادية البحثة ، سواء من تلقاء نفسه
لوبياء على طلب ذوى الشأن . على أن هذا التصحيح مشروط بشرط جوهرى ، هو ألا يكون القيد
فى السجل قد تم ، وإلا وجب عليه عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب
موصى عليه بعلم الوصول ، نظراً لما يترتب على هذا الإجراء من آثار قد تلحق بهم الضرر ،
وقد تتطام إلى غيرهم من يتعاملون معهم . ويحمر الأمين محضراً يوضح فيه أسباب الخطأ
وكيفية كشفه . والمقصود بالأخطاء المادية البحثة الأخطاء الكتابية والحسابية التى تقع أثناء
نقل مضمون المحرر إلى صحيفة السجل ، كما أن المقصود بوقف إتمام القيد الوقت الذى لا تكون
قد أصليت فيه صورة من صحيفة السجل أو الشهادات للمالك أو غيره . وبديهي أنه فيما عدا ذلك
من الأخطاء ، فلا يجوز تصحيحها إلا وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من النص » .

محله المعين في السجل العيني . ويدرج القيد أو المحو أو التأشير أو التصحيح بأكمله في سند الملكية وهو صورة من الصحيفة العقارية تسلم للمالك ، وفي الشهادة التي تسلم لغير الملاك من ذوى الشأن وبها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . وإذا ألغى المحو ، عاد لقيد الحق العيني التبعية مرتبته الأصلية في السجل العيني ، ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء .

١٦٠ - إجراءات القيد في السجل العيني : وإذا ما أعد السجل العيني في قسم مساحي وأثبتت في صحائفه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي يسطناه فيما تقدم ، فإن جميع التصرفات والأحكام واجبة الشهر التي تصدر منذ بدء سريان نظام السجل العيني في هذا القسم المساحي يجب قيدها في السجل العيني ، وفقا لإجراءات تلتخص فيما يأتي :

يقدم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية . ويشتمل الطلب ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، على البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية . ويرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات الواردة في الطلب ، ولا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني . سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني ذلك أنه بعد إجراء القيد الأول في السجل وإتمام النشر عنه وفوات مواعيد الطعن أو الفصل نهائيا فيما يرفع من طعون ، لا يقبل أي مستند لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى المستندات المستخرجة من السجل . وتدون الطلبات على حسب تواريخ وساعة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية ، يسمى « دفتر أسبقية الطلبات » . وترقم الطلبات بأرقام متسلسلة ، ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل في الطلبات (١) . وهذه المراحل هي التي تتضمن بحث الطلب بالمأمورية (٢) .

(١) ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم قيد المحرر في السجل العيني خلال ستة من تاريخ قيد الطلب بالمأمورية ، وتمتد هذه المدة ستة ثمانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب (م ٤٩ من قانون السجل العيني) .

(٢) وتنص المادة ٦٤ من قانون السجل العيني على مايلي : « على السلطات المختصة -

وإذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، وجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها في دفتر أسبقية الطلبات ، وأن تقتضى بين إعادة الطلب السابق مؤثرا على المحرر الخاص به بالصلاحيية وإعادة الطلب اللاحق مؤثرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا يتجاوز هذه الفترة سبعة أيام وعلى أن تحسب من تاريخ الأرسال . فإذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق ، أخطر صاحب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول لتلافى هذا النقص أو العيب في خلال أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ الإرسال . فإذا لم يفعل ، رفع الأمر إلى أمين السجل العيني ، وللأمين أن يصدر قرارا مسيا بسقوط أسبقية هذا الطلب ، أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا رأى منح أجل جديد لصاحب الطلب الأسبق . ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه ، وكذلك لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، أن يطلب إلى أمين السجل العيني ، في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار السقوط أو الاستيفاء إليه ، قيد المحرر في دفتر العرائض ، وذلك بعد توثيقه وبعد أداء الرسم وإيداع كفالة قدرها ١/٢ من قيمة الحق الذي يتضمنه المحرر على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن يبين الطالب في طلبه الأسباب التي يستند إليها . فإذا لم يتقدم بهذا الطلب في الميعاد المحدد ، أصبح قرار السقوط أو الاستيفاء نهائيا . وإذا تقدم به ، وجب على أمين السجل العيني ، بعد توثيق المحرر ، قيد الطلب في دفتر العرائض ، ثم رفع الأمر إلى اللجنة القضائية التي سبقت الإشارة إليها (١) ، وبوقف بحث الطلبات اللاحقة إلى أن يصدر قرار اللجنة . وتصدر اللجنة على وجه السرعة قرارا

— أن تقدم البيانات والأوراق التي تطلبها الجهة القائمة على السجل العيني أو التي يوجب القانون تقديمها والمتعلقة بإجراءات القيد ، خلال عشرين يوما من تاريخ طلبها . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بفرامة لا تقل عن مائة قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات ، وتعدد الغرامة بجمد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل العيني) .

وانظر نصوصا موافقة في المادة ٦ من مشروع قانون إصدار المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، وفي المادة ٥٦ من هذا المشروع الجديد .

(١) أنظر آتفا ص ٤٣٨ .

مسبباً إما بتأييد قرار أمين السجل العيني ورفض قيد المحرر ، أو بجواز هذا القيد ، تبعاً لتخلف أو تحقق الشروط التي يتطلب القانون توافرها لقيد المحرر في السجل العيني ، ولا يجوز الطعن في قرار اللجنة بأي طريق من طرق الطعن . فإذا صدر القرار برفض قيد المحرر ، وجب التأشير بالرفض في دفتر العرائض أمام الطالب ، ورد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه . أما إذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر ، وجب إجراء ذلك بحسب ترتيب قيد الطلب المتعلق به في دفتر العرائض . ويجب أن يتضمن قرار اللجنة رد الكفالة للمتظلم إذا قبل تظلمه أو رفض ولكن اللجنة رأت أنه بني على أسباب جدية ، وإلا وجب أن يتضمن القرار مصادرة الكفالة .

وإذا قدم طلب لإجراء قيد محرر ، ورأى أمين السجل العيني رفض هذا الطلب لأنه لم يستوف الشروط اللازمة ، فعلى الأمين أن يذكر أسباب هذا الرفض على الطلب وفي دفتر العرائض ، وإبلاغ ذلك للطالب مع تحديد ميعاد أسبوعين له من تاريخ الإرسال لتقديم اعتراضاته على هذا الرفض . ويصبح قرار الأمين بالرفض نهائياً إذا مضى الميعاد المذكور دون أن يقدم الطالب اعتراضاً . فإذا قدم اعتراضاً في الميعاد ، ورفض أمين السجل العيني هذا الاعتراض ، كان للطالب ، في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه ، أن يطلب إلى الأمين رفع الأمر إلى اللجنة القضائية . وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة ، إما بتأييد رفض القيد أو الإلزام بإجرائه .

وإذا توافرت جميع الشروط واستوفيت جميع الإجراءات ، تم القيد في السجل العيني بالمطابقة للمستندات المقدمة ، ويترتب الطلبات في دفتر العرائض ، وبنفس تاريخ القيد . ويتم القيد بكل عناية ، ويحفظ واضح ، دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير .

وكل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ، مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى

بها أى قانون آخر. ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بنصف هذه العقوبة (١).

١٦١ - سندات الملكية والتمهيدات المستخرجة من السجل العينى : ويسلم صورة للمالك من الصحيفة العقارية الخاصة به بعد أداء رسم قدره مائة قرش ، وتسمى هذه الصورة « سند الملكية » . وإذا تعدد الملاك على الشيوع لعقار واحد ، سلم كل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع الملاك المشتاعين (٢) : ويؤدى كل منهم رسماً قدره مائة قرش .

أما غير الملاك من ذوى الشأن ، كصاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، فتسلم لهم ، بناء على طلبهم ، شهادة بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى ، بعد أداء الرسم المقرر . وعلى أمين السجل العينى أن يعطى فى أى وقت شهادة بمطابقة سند الملكية أو الشهادة للسجل العينى ، وذلك بعد أداء الرسم المقرر .

ولا يجوز تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى . ويكون ذلك بقرار من اللجنة القضائية ، وبعد أداء الرسم المقرر (٣) .

(١) أنظر نصاً مماثلاً استحدثه المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فى المادة ٥٥ منه (وتطابق المادة ٦٥ من قانون السجل العينى) .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وإذا ثار البحث حول مبدأ تسليم صورة واحدة من الصحيفة العقارية فى حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع - وهو مذهب التشريع اتونى - أو تسليم صورة منها لكل مالك ، حذ المشروع الأخذ بمبدأ تعدد الصور : نظراً لما لوحظ من صواب بشأن من تسلّم له الصورة من الشركاء فى حالة عدم اتفاقهم ، والأساس الذى يصلح أن تقوم عليه المفاضلة بينهم ، فنص على أن يسلم لكل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع المشتاعين » .

(٣) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وحماية لكل من يتعامل مع المالك أو غيره من تقييد حقوقهم فى السجل ، وتقليلاً لحالات تداول السند ما أمكن ، لم تجز المادة ٦٠ تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى ، على أن يكون ذلك بقرار من اللجنة المشار إليها فى المادة ٢١ . على أن هذا لا يمنع ولا شك صاحب الشأن الحريص من الرجوع إلى السجل العينى . والمقصود بالتلف فى حكم هذه المادة التلف الذى يفقد السند قيمته » .

الفصل الثالث

الشفعة

(Préemption)

تمهيد

١٦٢ - التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني - نص قانوني : تنص المادة

٩٣٥ مدني على ما يأتي :

« الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري ، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز الحصول محل المشتري إذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالحالة ، وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . والأخذ به لا يتجزأ » ، وأصبح رقم النص ١٠٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، وكان من رأى بعض الأعضاء توريثه ، ومن رأى بعض آخر عدم توريثه لأنه حق شخصي حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم ، وقد استقر اقتضاء على أن الشفعة ليست حق وإنما هي خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الورثة ولا استلامها من الدائنين . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة اثنائية من النص وترك حكمها لاجتهاد القضاء ، وأصبح رقم النص ٩٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بختة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٥ - ص ٣٥٧) .

هذا وقد ناقشت اللجنة التي كانت برئاسة الأستاذ كامل صدق (وهي اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة التي استقيت منها نصوص المشروع التمهيدي في الشفعة) هذا النص مناقشة طويلة . واختلط الأمر في هذه المناقشات ، في المقابلة ما بين الرأى القائل بأن الشفعة حق عيني والرأى القائل بأنها حق شخصي . فاستعملت عبارة « الحق العيني » بمعناها المعروف ، في حين أن عبارة « الحق الشخصي » استعملت لا بالمعنى المقابل للحق العيني ، بل بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفيع (أنظر على سبيل المثال ما جاء في محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ في الهامش) . وفي رأينا -

ويخلص من هذا التعريف أن الشفعة ، وهي سبب من أسباب كسب الملكية ، رخصة إذا استعملها تشفع - وسيأتي بيان من هو الشفع - تملك عقارا باعه صاحبه لغيره ، وحل الشفع محل المشتري في هذا البيع ، بشروط سيأتي بيانها . فهي إذن لا تكون إلا في بيع عقار ويسمى العقار المشفوع فيه ، ومن شفيع عيّن القانون أحواله . وجعله كما سنرى يشفع

... أن أدق ما دون في هذه المسألة في محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدق ماورد في محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ على لسان أحد الأعضاء : « إن هناك مسألة أولية يتعين البدء بالبحث فيها قبل البحث فيما إذا كان حق الشفعة حقا عينية أم شخصيا ، وهذه المسألة هي معرفة ما إذا كانت الشفعة حقا أم مجرد وسيلة لاكتساب حق . فإذا سلمنا بأن الشفعة ليست إلا مجرد وسيلة لاكتساب حق الملكية كما يبدو ، فلا حاجة للبحث فيما إذا كانت هذه الوسيلة شخصية أو عينية . ذلك أن الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية بحلول الشفع محل المشتري . وبناء على ذلك يكون من التزيد البحث في شخصية أو عينية هذه الوسيلة من وسائل اكتساب الملكية التي يحسبها دعوى . فإذا توفى الشفع قبل مباشرة دعواه ، سقطت الشفعة بوفاة . أما إذا كان قد رفع الدعوى فإنها تصبح جزءا من ذمته وتنتقل إلى ورثته مع أموال التركة ، شأنها في ذلك شأن دعوى التعويض مثلا . إذ ليس هناك مبرر للفرقة بين دعوى الشفعة وبين أية دعوى أخرى . فكل الدعوى تكون جزءا من ذمة الشفع وتنتقل بالتالي إلى ورثته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ في الهامش) . وقال عضو آخر في نفس الجلسة تأييدا لما تقدم : « فالشفعة إذن ليست سوى طريقة لاكتساب الملكية ، شأنها في ذلك شأن البيع وهو ليس حقا عينيا بل هو طريقة لاكتساب الملكية . وليس حق الشفعة بأقوى من البيع ، مع أن البيع لم يوصف في وقت ما بأنه حق عينى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٣ في الهامش) . ولما قابل النص في قانون الشفعة السابق .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (وقد أتى هذا التقنين الشفعة أصلا من بين أسباب كسب

الملكية) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٨ : الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولوجبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والتفقات المعتادة . (والنص يوافق في مجموعة نص التقنين المصري) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ١/٢٣٨ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : الشفعة حق يميز لصاحبه أن يتزع العقار المبيع من المشتري ، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . (والنص يوافق في مجموعه نص التقنين المصري) .

بعقار آخر يملكه ويسمى العقار المشفوع به . فالشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذى يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشتري الذى يحل محله الشفيع ، وباتما لهذا المشتري وهو الذى حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفيع به ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذى باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفيع الشفيع فيه .

وقد قام فى الفقه المصرى جدل مشهور فى تكييف الشفعة ، هل هى حق عيني أو حق شخصى . والذين قالوا بأن الشفعة حق عيني إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يكونوا فى حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة ، إذ كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه ، فهو عند ما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقارى ، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى . والذين قالوا بأن الشفعة حق شخصى قصدوا إلى معنى هو صحيح فى ذاته ، ولكنه يعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصى المقابل للحق العيني : إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالة ولا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوه باسمه . ولم يكونوا هم أيضا فى حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية ، فعنى الشخصية الذى قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية .

والصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصى ، بل هى ليست بحق أصلا . إنما الشفعة سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقة أو حق حكر . والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه . فالملكية مثلا حق عيني ، وتكسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة . ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عيني أو حق شخصى ،

فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي (١) والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي . كما قدمنا (٢) ، واقعة مركبة (Complexe) اقترن فيها الشيوخ أو الحوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية . يبيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى ، باعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية .

وإذا سرنا في هذا التكيف خطوة أبعد ، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة . فمن وجه إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب ، فهو بهذا القبول – والقبول لإرادة منفردة – قد تعاقد مع الموجب ، فكسب بالعقد حقا شخصيا . فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه ، فاستطاع بإرادته المنفردة . وهي قبول هذا الإيجاب ، أن يكسب الحق . وإذا توافرت الشروط التي قررها القانون في الشرب أو المحرق أو المسيل أو المرور ، وهي الشروط التي بسطناها عند الكلام في قيود الملكية في الجزء الثامن من الوسيط . تهيأ بتوافرها مركز قانوني للجار يستطيع به إذا أراد ، أي بإرادته المنفردة ، أن يكسب حقا عينيا

(١) وقد نشرنا على حكم قديم ، صدر من محكمة الاستئناف الوطنية ، يقرر من زمن بعيد هذا الذي فقوله ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا في القانون المدني أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية ، كالقبول والميراث ووضع اليد بدون فرق . ولا يتصور أن السبب المنتج للحق العيني يسمى نفسه حق عينيا ، فليست إذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في شيء كالملكية أو حق الانتفاع ، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني . أو بعبارة أخرى هي مجرد إباحة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة . وهذه الإباحة لا تنتج حقا إلا إذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به (استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ القضاء ص ١٠٧) . وانظر أيضا حكما من محكمة مصر الحلية الوطنية ويقول إن القانون لم يجعل حق شفعة من الحقوق العينية ، بل صرح في المادة ٤٤٤ مدني بكونه سببا من أسباب الملكية والحقوق العينية وليس واحدا منها (مصر الكلية ٤ يولييه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ صفحة ٢١٧) .

(٢) أنظر أنفا ققرة ١ .

في أرض جاره هو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل أو حق المرور . ومن كان شريكا مشتاعا في منقول أو في مجموع من المال وباع أحد شركائه حصته في المال الشائع ، تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يسترد بارادته المنفردة الحصة المبيعة ، وهذا هو حق الاسترداد في المال الشائع الذي بسطنا أحكامه في الجزء الثامن من الوسيط . ومن كان شريكا مشتاعا في عقار أو جارا مالكا لعقار ، وبيعت حصة شائعة في العقار أو بيع عقار مجاور للعقار الذي يملكه . تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يشفع بارادته المنفردة في الحصة الشائعة أو في العقار المجاور ، وهذه هي الشفعة التي نحن الآن بصدددها . فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تهيأ لأسبابه للشفيع ، فيكون شريكا مشتاعا في عقار أو مالكا لعقار ، وتباع حصة شائعة في العقار أو يباع عقار مجاور للعقار الذي يملكه . وهنا ينشأ المركز القانوني الذي أشرنا إليه ، ويكون للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع . ومن هنا جاء في نص المادة ٩٣٥ مدني سالفه الذكر أن « الشفعة رخصة » ، فالرخصة تتولد إذن بقيام هذا المركز القانوني (١) . وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق في أن يملك العقار

(١) والأدق أن يقال إن هذا المركز القانوني لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك ، بل يتولد عنه حق الشخص في أن يملك . وذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك ، هي حق الشخص في أن يملك . وقد قلنا في هذا الصدد في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى ، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق ... فتح التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثاني حق . وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك . فلو أن شخصا رأى داراً أعجبه ورغب في شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ، وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين . له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك : له الحق في أن يملك . إذ يستطيع بقبوله البيع ، أي بارادته وحده ، أن يصبح مالكا للدار . ولم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل في الرق إلى مرحلة بعيلة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث . ويدعو الفقيه فون تور (Von Tuhr) هذه المنزلة الوسطى بالحق المتشبي . (droit formateur) ، ويعرفه بأنه « مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث أثراً قانونيا بمحض إرادته » . ويأتي بأمثلة لهذا الحق المتشبي . يذكر منها : حق من وجه إليه الإيجاب ، =

المشفوح فيه بارادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة .
فالشفعة لا تكون سبباً لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تنبأ أسبابه

— وحق المترد في أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، وحق البائع وقاه في أن يسترد المبيع ، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة وما يقطع في وجود هذه المترلة الوسطى في الفقه الإسلامي أن القرائي يقابل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة . فيقول عن صاحب الرخصة « من ملك أن يملك » ، ومن صاحب المترلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك » ، ويتكرر على الأول أن يكون مالكا إطلاقاً ويجعل الثاني محلاً للنظر . وننقل ما يقوله في هذا الصدد : « اعلم أن جماعة من مشايخ للذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يمد مالكا أم لا ، قولان وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يمتثل أحد أنه يمد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجرى في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك حصتها ؟ والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يمد الآن مالكا لها فيجب عليه كليهما وموثرتهما على قول من الأقوال الثلاثة أو الجادة ؟ بل هذا لا يمتثل من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة فرعية ، ويجزى فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها ، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك ؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل . . . (المسألة الرابعة) في الشفعة ، إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشقص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافاً في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق . . . فإذا سرق هل يمد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك ، أو يجب عليه القلع لأنه لا يمد مالكا وهو المشهور ، قولان . فهذه القاعدة ، على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك ، في تمشيها عبر لكثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلق من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتملك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جملة قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جداً أولئها البتة . أما إذا قلنا انقصد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك ، فهو مناسب لأن يمد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة السبب الهيم مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يمتثل وقوه قاعدة في الشريعة . أما مجرد ما ذكره فليس إلا مجرد الإمكان والقبول لملك ، وذلك في غاية البعد عن المناسبة — فلا يمكن جملة قاعدة « (الفروق للقرائي جزء ص ٢٠ - ص ٢١) . ويتبين مما نقلناه عن القرائي أنه يميز بين أوضاع ثلاثة : (أولاً) وضع من ملك أن يملك ، كن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادماً أو دابة . . . هؤلاء جميع لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤنة . . . وترجمة ذلك إلى الفقه الغربي أن هؤلاء جميع ليس لهم حق الملك ، —

باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ، ليس حق الملك ، بل الحق في أن يملك . فاذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة ، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه في أن يملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته ، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري (١) .

— وإنما لم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق . (ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك ، كما . . في بيع الشريك نصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفى بيع المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضا ، على خلاف فى رأى ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتملك . . فالشفيع لا يملك الشقص المبيع إلا إذا أخذنا بالشفعة ، والفقير لا يملك شئ من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه العربى أن هذه هى منزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهى دون الملك وفوق الرخصة . (ثالثا) وضع من جرى له سبب الملك ، كن اشترى أرضا أو شفع فى دار ، فهذا هو الذى له حق الملك « (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء أول ص ٤ - ص ٨) .

(١) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد ، فى الجزء الأول من الوسيط ، ما يأتى : « فكثيرا ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عينى أو هى شئ غير ذلك ، كما يناقشون فى طبيعة الحيابة وهل هى حق عينى . ونحن لا نتردد فى الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيابة بحق عينى أو حق شخصى ، بل هما واقعان قانونيتان قدخلان فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عينى أو حق شخصى ، بالقدر الذى لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضا مصدر للحقوق ، حق عينى أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا أنه لا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم . والذى ضلل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تحمل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يملكها ، وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة فى التملك حيث يكون الشخص أجنبيا عن الشئ ، وحق الملكية الكامل حيث يكون للشخص حق عينى فى الشئ . ونظير ذلك شخص صدر له لإيجاب بالبيع ، فهو أيضا فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص فى أن يملك ، أو كما يقول القرائى فى الفروق : من انمقد له سبب المطالبة بالملك ، ويفرق بين هذا وبين من ملك أن يملك « (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٤١ ص ٢٥٥ (ويدعو هذه المنزلة الوسطى بالحق شبه العينى ، وهذه التسمية محل للنظر) .

وجاء فى المذكره الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « عرفت الشفعة بأنها رخصة « لاحق » لأنها ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية . فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة -

١٦٣ - الشفعة متصلة بشخص الشفع - نص قانوني : جاء في المشروع

النهائي لنص المادة ٩٣٥ مدني ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالمراث » ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، « وترك حكمها لأجتهاد القضاء » (١) . ولما كانت الاعتبارات التي قامت عليها الشفعة ، وهي تضرر الشفع من أن يخلف شريكه في الملك أو جاره شريك أو جار جديد ، هي اعتبارات شخصية بحته ترك لمحض تقدير الشفع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها ، لذلك لا نتردد في القول بأن الشفعة متصلة بشخص الشفع ولصيقة به . ونستخلص من ذلك النتائج الآتية : (١) أن دائي الشفع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفع بطريق الدعوى غير المباشرة . (٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفع إلى الغير . (٣) أن للشفع أن يتزل عن الشفعة بعد قيام سببها ، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدني) . (٤) أن الشفعة ، إذا مات الشفع قبل أن يستعمل حقه فيها ، لا تنتقل بالمراث إلى ورثته . ونستعرض هذه النتائج تباعا :

(أولا) لا يجوز لدائي الشفع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفع بطريق الدعوى غير المباشرة : وذلك لسببين . أولهما أن الشفعة رخصة وليست بحق ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص ، فحق الشفع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد الحصة الشائعة كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين (٢) والسبب الثاني أن الشفعة متصلة بشخص الشفع كما قدمنا ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة (م ١/٢٣٥ مدني) (٣) .

« حقا عينيا أوحق شخصيا . وقد حذف المشروع من التعريف الذي أقرته اللجنة العبارة التي تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العينية ، فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة ، أن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا سببا أدعى لحذفها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - ص ٣٤٨) .

(١) انظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ ص ٩٦٤ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٤ .

(ثانيا) لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير : فلا يجوز للشفيع ، عندما يثبت له حق الأخذ بالشفعة ، أن يحول هذا الحق إلى غيره ، وذلك أيضا لسببين . أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز له التزول عنها إلى غيره . والسبب الثاني أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه ، وإذا أراد الشفيع أن يتزل عن الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن يتزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير ، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار (١) . وعلى ذلك إذا باع الشفيع العقار المشفوع به وأصبح المشتري مالكا لهذا العقار ، ثم بيع العقار المشفوع فيه ، كان لمشتري العقار المشفوع به وهو مالكة الحديد أن يأخذ بالشفعة ، وقد انتقلت إليه مع العقار المشفوع به . أما إذا بيع العقار المشفوع فيه قبل بيع العقار المشفوع به ، فإن المالك الجديد للعقار المشفوع به لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له وقت بيع العقار المشفوع فيه . وإنما يأخذ بالشفعة في بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، بعد أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع به .

(ثالثا) للشفيع أن يتزل عن الشفعة بعد قيام سببها بل وقبل أن يقوم بها سببها : وتنص المادة ٩٤٨ (١) مدني في هذا الخصوص على ما يأتي :

« يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : (١) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ، ولو قبل البيع » (٢) . وقد كان قانون الشفعة

(١) وقد جاء في المذكر الإيضاحي لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة منفصلا عن العقار المشفوع به ، وهذا هو ما تقتضيه طبيعة الشفعة وعلّة مشروعيتها ، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنيان الألماني والبولوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢) . وتنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المادة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التصريح منه لشخص آخر » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (١) من المشروع التمهيد على

وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيد كان يشتمل على عبارة « صراحة لوضنا » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٢ (١) . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٩ (١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلفت عبارة « صراحة لوضنا » ، وذلك « لأنها تزيد تنقيح القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا الصيغة تحت رقم ٩٤٨ (١) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٦) .

السابق لا يجوز التزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها ، وذلك لأن القواعد العامة تقضى بأنه لا يجوز التزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق . فكان لا يجوز للشفيع ، قبل بيع العقار المشفوع فيه ، أى قبل أن يثبت له الحق فى الأخذ بالشفعة ، أن يتزل عن هذا الحق (١) . أما التقنين المدنى الجديد

= ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ١/١٩ : يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : أولا - إذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا ، ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أوعقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك المقار نهائيا . (ولم يكن يجوز فى قانون الشفعة السابق التزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها) .

يقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٢ (١) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ (د) (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٦ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) ، يسقط

حق الشفعة: (١) (٢) إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة أو وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوى على اسم المشتري والتمن والشروط ، ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل . (٣) إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إسماءه بلا تحفظ . (٤) إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمنا ، ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضا المشتري . (والقانون اللبنانى يجوز التزول عن الشفعة بطرق معينة ولكن هذه الطرق جميعا لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فى الشفعة أى بعد بيع العقار المشفوع فيه) .

(١) أنظر فى عدم جواز التزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها فى قانون الشفعة السابق : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٦ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه لما كان الاستشفاع حقا يخول كسب الملك ، فانه يجوز التنازل عنه مقدما وفقا للقواعد العامة ، ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود ، متى كان الملتزم يعلم مقدما كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل عنه . ففى كان الحكم إذ قضى بصحة التنازل عن الشفعة مقدما بنى قضاءه على أن قانون الشفعة - الذى يسرى على موضوع الالتزام - وإن لم يورد من مسقطاتها إلا التزول عنها بعد البيع . أخذاً برأى أئمة الفقه الإسلامى ، إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدما ، وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام ، وليس ثمة ما يوجب التقييد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، فان ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٠٨٠٠ ع ٦٥٨) .

فقد أجاز ذلك بنص صريح كما رأينا (م ٩٤٨ (١) مدني سالفه الذكر) ،
وذلك تضييقاً منه للحق في الأخذ بالشفعة بعد أن حصر هذا الحق في أضيق
نطاق ، « وحتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفع قبل أن يقدم على
الشراء » (١) . وعلى ذلك يجوز الآن للشفيع أن يتزل عن الحق في الأخذ
بالشفعة ، بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته ، صراحة أو ضمناً (٢) .
أما التزول الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية
أو العرفية ، كما يصح أن يكون شفويا ولكن يقع على من يتمسك بهذا التزول
من مشتري أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقاً للقواعد العامة المقررة
في الإثبات . ويصح التزول في أي وقت ، إلى يوم صدور الحكم بثبوت
الشفعة (٣) . وقد يكون التزول عن حق الشفعة بعد ثبوته نزولاً ضمناً ،

= وانظر عكس ذلك وعدم جواز التزول قبل ثبوت الحق في الشفعة : استئناف وطني
٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ص ٢٢٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ٥٨ - ١٧ نوفمبر
سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ - طنطا الكلية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٠
الحاماة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ .
(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يعبر عنه بالتزول عن الشفعة قبل البيع إن هو
إلا تعهد من الشفع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع ، مما يفيد أن
هذا التزول يجب أن يكون صريحاً . أما التزول الضمني عن الشفعة فيقتضى فيه حصول
البيع ، ثم صدور عمل أو تصرف من الشفع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة . هذا
هو مفهوم التزول الضمني عن الشفعة ، وهو ما كانت تقرره المادة ١٩ من قانون الشفعة
الملغى إذ نصت على أنه « يستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفع
حرف المشتري بصفته مالك العقار نهائياً » . أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ مدني جديد من سقوط
الشفعة بالتزول عنها قبل البيع ، فالمقصود منه جواز محاجة الشفع بما يكون قد صدر منه قبل
البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة . وبهذا النص حسم القانون المدني الجديد الخلاف
الذي كان قائماً قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشفع بمثل هذا الالتزام (نقض مدني
١٠ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٢١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٨ ص ٥١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ .
ولا بد من صدور التزول من الشفع شخصياً أو بمن ينوب عنه قانوناً . والتزول عن دعوى
الشفعة يعتبر نزولاً عن حق الشفعة ذاته ، وقد قضت محكمة النقض بأنه حتى لو كان التنازل
مقصوراً على ترك المرافعة في الدعوى ، فإن هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى
بما فيها ورقة التكليف بالحضور ، ويزيل كل الآثار التي ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب
وقطع مدة التقادم ، وإنه يتفرع عن ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد الميعاد المنصوص
عليه في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٠ ص ٨٧٨) . وانظر
في عدم جواز التزول عن الشفعة بعد صدور الحكم بثبوت الحق فيها : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٧ .

ويكون ذلك بأى عمل يصدر من الشفيع يفيد حتماً أنه نزل عن حقه . مثل ذلك أن يعترف الشفيع بالمشتري للعقار المشفوع فيه مالكا لهذا العقار على وجه بات نهائى (١) ، كأن يتعامل معه على هذا الأساس فيشتري منه العقار أو يرثه أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرتب عليه لعقاره حق ارتفاق أو يرتب له حق ارتفاق على عقاره ، وكان يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشتري والمتصرف له (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكا نهائى لمبيع . ولا يكفي في ذلك أن يكون الشفيع ، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتعهدها بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصروفات التسجيل وغيرها ، القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته ، ففى أبدائها في هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالمبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨) . كذلك رفض الأخذ بالشفعة بالثمن الذى طلبه المشتري لا اعتقاد الشفيع أن هذا الثمن يزيد على الثمن الحقيقى لا يعتبر نزولا عن الشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢ ص ٢١) . ودفع الشفيع ، الذى كان مستأجرا للأرض المشفوع فيها ، الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة ، لا يفيد النزول ضمنا عن حق الشفعة ، إذ الأموال الأميرية مستحقة على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكيها ، ودفعها كان نحولا للمستأجر والشفيع) في عقد الإيجار ، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عام جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٩٣) .

(٢) ويعتبر نزولا ضمنا أن يطلب الشفيع قسمة العقار مع المشتري إن كان العقار شائعا أو يتفق معه على حقوق ارتفاق (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٦ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢) ، أو أن يستأجر الشفيع من المشتري العقار المبيع أو يدفع الأجرة للمشتري إن كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ ص ٢٣ - ٢٢٧) . وبعد النزول عن الشفعة إلى الغير ، وهو باطل ، نزولا ضمنا عن الشفعة وإسقاطا لها (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٩) . ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالنزول عن الشفعة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يجوز للمشتري أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه في الشفعة له (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣١٩) .

وقد يقع نزول الشفع عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، أى قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ويكون الغرض من ذلك أن يأمن المشتري جانب الشفع قبل أن يقدم على الشراء كما سبق القول . فيحصل المشتري من الشفع على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه على البيع^(١) ، ويكون هذا النزول الصريح إما كتابة أو شفها وعلى المشتري عبء إثبات هذا النزول طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات^(٢) . ويصح أن يكون النزول عن الشفعة قبل ثبوتها نزولاً ضمناً ، بأن يأتي الشفع بعمل يستفاد منه حتماً هذا النزول . مثل ذلك أن يكون الشفع قد توسط بنفسه بين المشتري ومالك العقار المشفوع فيه في عقد صفقة البيع التى صدرت من الثانى للأول ، أو رضى أن يكون وكيله عن المشتري في شراء العقار المشفوع فيه أو وكيله

(١) ويفسر النزول عن استعمال حق الشفعة تفسيراً ضيقاً . وقد قضت محكمة النقض بأن النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذى يميز الشفعة في نطاق الحدود التى بينها القانون ، فلا يجوز التوسع في تفسيره . ومن ثم لا يجوز البحث في جواز انتقال هذا الالتزام بالنزول عن حق الشفعة إلى الخلف الخاص ، متى فسرت المحكمة شرط النزول تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين (نقض ملق ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٨٩ ورقم ١٩١ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن عرض العقار المشفوع فيه على الشفع قبل البيع وعدم قبوله شراؤه لا يعد نزولاً عن حقه في الشفعة (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شخص عقاراً له ، ثم باعه المشتري لغيره ، وتوافر في البائع الأول وقت البيع الثانى شروط الأخذ بالشفعة ، فله أن يأخذ بالشفعة العقار الذى كان يملكه أولاً ، ولا يعتبر بيعه لإياه سابقاً نزولاً ضمناً عن أخذه بالشفعة فيما بعد إذا توافرت شروط الشفعة (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) هذا ويحدث كثيراً أن المشتري لعقار من شركة تخصصت في تقسيم الأراضى ويبيعها يتزل في عقد شرائه عن الشفعة فيما يتم من البيوع التى تتولاها الشركة مستقبلاً . وإذا كان المشتري يتقيد بهذا التنازل ، فإن خلفه لا يتقيد به إلا إذا اشترط المشتري عليه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمتد بتنازل المشتري من الشركة في عقد شرائه منها عن حق الشفعة ، لأن هذا التنازل لا يعتبر حقاً عينياً يتبع العقار في يد كائن من كان (نقض ملق ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) .

عن البائع في بيع هذا العقار . وإذا شهد الشفيع دون تحفظ على عقد البيع الذي تم بين مالك العقار المشفوع فيه والمشتري ، كان هذا نزولا ضمنيا منه عن الشفعة ، ويكون التزول الضمني هنا معاصرا لثبوت الحق في الشفعة (١) .

(رابعا) لا تنتقل الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، إلى ورثته . فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه ، بأن يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته ، فإن حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت ، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته ، حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة ، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه . ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فإن ورثته يحلون محله في الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق . وبديهي أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه ، فإن ملكية هذا

(١) وكانت المادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه « يجوز إثبات النزول الضمني من حق الشفعة والتم بالمبيع بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون بما فيها الإثبات بالهبة » . وقد أدرج هذا النص تحت رقم ١٣٩٧ مكررة في المشروع التمهيدي . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفها « لأنها تطبق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ في الهامش) - وانظر استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٧ - أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٥ .

أما إثبات التزول الصريح فتجب فيه ، طبق للقواعد المقررة في الإثبات ، الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة العقار المشفوع فيه تزيد على عشرة جنيهات . ذلك أنه في التزول الصريح لا شيء يمنع الخصوم من الحصول على الكتابة ، أما الأعمال التي يستفاد منها ضمنا للتزول عن الشفعة فهذه لا يمكن الحصول على كتابة لإثباتها (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ - استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢) .

هذا ويجوز التزول عن الشفعة بعد طلبها ، وليس للمشتري أن يطالب الشفيع بالتعويض حتى لو كانت الأثمان قد هبطت (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ١٠٥ ص ٢٢٩) . أما إذا نزل الشفيع عن الشفعة فلا يجوز له أن يطلبها بعد نزوله منها ، وإنما يجوز له أن يطلبها في بيع جديد (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤١ الهامة ٢٠ رقم ٢٩٣ ص ٩٤٧) .

وانظر في جواز التزول عن الشفعة في مقابل عوض يدفعه المشتري واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٢ - فقرة ٥٢٥ .

العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته ، بل إن الورثة لا يستطيعون في هذه الحالة التزول عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لمورثهم . كذلك من البديهي أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته ، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك ، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة ، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن المورث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم ، إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به . كل هذه فروض الحكم فيها واضح ، وهو ما قدمناه . وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، فهل ينتقل إلى ورثة الشفيع حق مورثهم في الأخذ بالشفعة ، ويكون لهم أن يعلنوا رغبته في ذلك كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يموت ، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم يتقضى ؟

اختلفت الآراء في هذه المسألة اختلافاً بيناً في عهد قانون الشفعة السابق ، فرأى يذهب إلى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة وأن الشفعة لا تورث ، ورأى آخر يذهب إلى أن الشفعة تورث فيجوز للورثة الأخذ بالشفعة . وقد رددت مشروعات التقنين المدني الجديد صدى هذا الخلاف . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث . . . » (١) . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص على الوجه الآتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . . . » وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، ثم استقر رأي اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذه

(١) وهذا النص وضعت لجنة الأستاذ كامل صدق ، وقد فوّش في هذه اللجنة ، فوافقت بأغلبية الآراء على انتقال حق الشفعة إلى الورثة وعدم انتقاله إلى الموصى له (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٤ في الحاشي) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « أن اللجنة (لجنة الأستاذ كامل صدق) جعلت الحق في الشفعة ينتقل بالميراث ، خلافاً لما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوالها المجتمعة ، ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعي ومحمد (٢) . وهو الرأي الذي يتفق مع المبادئ العامة لقانون ، فإن الشفعة أساس للنوى من الدعاوى المالية ، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥١) .

المسألة « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (١) . وترك الحكم في هذه المسألة لاجتهاد القضاء أمر عجيب ، فالقضاء فيها جد مختلف . وإذا كانت محكمة التقص قد قضت بأن الشفعة تورث ، إلا أنه يصعب القول بأن هذا القضاء قد حسم كل خلاف ، وبخاصة أن الفقه المصري لا يزال ، حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، متقسما كل الانقسام . بل إن المسألة في الشريعة الإسلامية ، وهي المصدر الذي اشتق منه الشفعة ، مسألة من المسائل التي اختلفت فيها المذاهب واضطربت فيها الأقوال . ونبدأ بإيراد الخلاف في المسألة بين مذاهب الفقه الإسلامي ، ثم بين أحكام القضاء المصري ، ثم بين الآراء الفقهية ، تمهيدا لإبداء رأينا فيها .

أما الخلاف في الفقه الإسلامي ، فقد لخصناه في الجزء الخامس من كتابنا « مصادر الحق في الفقه الإسلامي » على الوجه الآتي : « أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة والمشيئة لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفي رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشيئة ، فالإرادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق ، إذ الشفع لا يستطيع المطالبة بأخذ أي عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معيناً بالذات لأنه أولى به من مشتريه . فإذا مات الشفع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء في البدائع (جزء ٢ ص ٢٢) وهو من كتب الفقه الحنفي : وأما الضروري (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفيعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط . وجاء في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ٢١٨) وهو من كتب الفقه المالكي : فن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسا على الأموال . وجاء في المهذب (جزء

أول (ص ٣٨٣) وهو من كتب الفقه الشافعي : وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . وجاء في المغني (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) وهو من كتب الفقه الحنبلي : والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع ، إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة والحد إذا مات المقلوف والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أني على حق من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي والعنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لقوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتملك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب ، فإنه لا استدراك جزء فوات من المبيع ، . (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات ، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط (١) . ويخلص مما قدمناه من الخلاف في الفقه الإسلامي أن الخلاف محتدم في هذا الفقه . فالحنفية والحنابلة وكثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق ، يذهبون جميعاً إلى أن الشفعة لا تورث . والذين يقولون بأنها تورث هم المالكية والشافعية . فوضح من ذلك أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وإن كان الأقرب إلى الرجحان هو القول بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وقد أيد هذا القول تأييداً قوياً أحد فقهاء

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٧٠ - ص ٧٢ .

الحنفية البارزين ، ورد على القول الآخر ردودا جلية واضحة (١).
أما القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فهو أيضا مختلف . قضى بعض الأحكام بأن الشفعة لا تورث (٢) ، وقضى بعض آخر بأنها تنتقل بالميراث (٣).
ثم طرحت المسألة على دوائر محكمة استئناف مصر المحترمة ، فقضت فى ٣

(١) والفقير الحنفى الذى نشر إليه هو الزيلعى ، وقد رد على مذهب الشافعى بما يأتى :
« وقال الشافعى لا تمل بموت الشفع أيضا ، لأن هذا حق معتبر فى الشرع كالقصاص وحق الرد بالميب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفة فلا يورث عنه . بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ الموضع عنه ، وملك المين يبق بعد الموت فأمكن إرثه . بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هى مجرد الرأى والمشية ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخط بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخط . وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضى ويأخذها بالشفعة ، كما ينقضى سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى أو باعها وصيه كان له قفصه » (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨) .

(٢) مصر الكلية : يولى سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣١٧ - أسبوط الابتدائية (استئناف) ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٠ - الزقازيق الكلية ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٦٣ - أسبوط الكلية ٣ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٣ ص ١٦٣ - الزقازيق الكلية ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ - الاسكندرية الكلية ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ - دمنهور الجزئية ١٦ يوفية سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ - شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨١ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٥ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد أحمد فتحى زغلول ص ٨٩ - على زكى العرابى فقرة ١٤٢ .
(٣) مصر الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ - استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد عبد السلام زهى فى الأموال فقرة ٤٦١ .

مايو سنة ١٩٣٠ بأن الحق في الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي (١) . ولكن عندما أنشئت محكمة النقض

(١) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ - المضافة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ - وجاء في أسباب الحكم ما يأتي : « حيث إن المسألة المطروحة الفصل فيها هي ما إذا كان حق الشفعة يظل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالتراضي ، أو أن هذا الحق ينتقل بملكه لوارثه . وحيث إن قانون الشفعة لم ينص حل هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الإسلامية فقد وجب الرجوع إليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث إن الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك المقار المبيع لو بطنه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من التمن والموتن . وحيث إن هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائي لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من فزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يمنع الفقهاء دائما باب الشفعة عند باب النصب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد عملوا إلى تخفيف وطأته بالتشدد في شروطه والتوسع في مقتضاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد ملكه بالبيع يجب عليه أن يملن فوراً رغبته في الأخذ بالشفعة ويشهد حل رغبته هذه . وحيث إن الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائياً بالقضاء أو بالتراضي حق قاب ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأي ومشوته ، أو عبارة علماء القانون (simple faculté) . وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يمتنع عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لا صق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث إنه من جهة أخرى فإنه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال حبيبها ، ولا تنتقل لمن آل إليه الملك لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقت . وبناء على ذلك إذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه لأن الوارث إنما يملك بالميراث من وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع . وحيث إن هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث إنه وإن كان الثاني ومالك يقولان بالإرث في الشفعة ، إلا أن مذهب الإمام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقف وعنه أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصل في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ من أحكام الشفعة في مجموعها ، حيث خول حق الشفعة للجار والشريك مطلق طبق لما للمذهب ، خلافا للمذهب الثاني ومالك الذين لا يخولونه إلا للشريك وقط في حالة ما إذا كان المقار لا يقبل القسمة . وحيث إنه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات لقول إنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضح لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون إجراءات لا قانون موضوع ، وفرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل إليه . فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بالا بمنتقل حق الشفعة إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي . »

رفع إليها الأمر ، فقضت في ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر
المجتمعة لمحكمة استئناف مصر : وبأن الحق في الشفعة ينتقل بالمراث (١) ،

(١) نقض ملق ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - وجاء في
أسباب الحكم ما يأتي : « وحيث أن الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته .
ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل
فيها جميعا الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاص بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت وكما
خلا القانون المصري من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعين وخيار الاسترداد
الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على
حكم خيار الشفع أينتقل للورثة أولا ينتقل . فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة
صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل . وحيث إن الأصل
كذلك في الشريعة الإسلامية - على مذهب جمهور الفقهاء - هو أن تورث الحقوق والأموال
إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . أما الخفية منهم ، فالأصل عندنا أن يورث
المال دون الحقوق ، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صل الله عليه وسلم : من ترك مالا
فلورثته ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فوضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل
هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له
ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار
التعين وخيارات أخرى ، لأجل اعتبار أن الذي ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على
اعتبار أن المنتقل إليهم عين النصقت بها حقوق . فحق خيار العيب وخيار فوات الوصف ،
السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة
فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولا حقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفع فان شاء
أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . أما جمهور
الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات
والخيارات قررت كما قررت الأموال ، إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الأب
في ردهته فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة .
لسبب خلافهم إذن في خيار خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انفلح له في
شيء منها أنه صفة للعقد ورثته ، ومن انفلح له أنه صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه . وحيث
إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى
الورثة هو الذي يلائم مذهب القانون المصري فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة
بذات أموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزايم والدعوى وآجال الديون ، فن مات
وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد
موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها بخلفه ورثته فيما
بقي منها ، ولهذا لا تنسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر في أثناء المدة ، ومن أعطيت له
أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضي
ثلاث سنين حل وارثه محله في اختصاصه بها وأولوية باحياها ، إذا مات الدائن المرتهن
انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله
صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح في مذهب أبي
حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كراى جمهور
أولئك الفقهاء والأئمة . »

وأكدت نفس المبدأ في أحكام تالية (١) .

وأما الفقه المهرى . بعد صدور التقنين المدني الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركاً إياها لاجتهاد الفقه والقضاء ، فهو كذلك منقسم ، ولا يكاد الباحث يتبين فيه رأى الراجح من الرأى المرجوح . فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث . ويخالف في ذلك قضاء محكمة النقض على الوجه الذى بسطناه (٢) . ومن الفقهاء من يذهب

(١) نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتى : « وحيث إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا في خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون إليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بعنفه أصلية . أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعمه بطابعه وأدمجه فى القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبيقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيد به بآراء أئمة الفقه الإسلامى . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل . وحيث إن كون الشيء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل ، هو بحث فى مسألة عينية فى صميم المعاملات . . . وحيث إن المال فى اصطلاح القانون هو كل شيء نافع للإنسان يصح أن يتأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقدم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولاً بأنه مجرد خيار مردود إلى مشيئة الشفيع ورغبته وأنه متصل بشخصه ولا تعلق له باسمين المشفوعة ، فهو زعم لا يستقيم فى ظل أحكام القانون النوضى الذى جعل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيى قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع ، مما لا يمكن منه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال . »

وانظر أيضاً نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ (وقد رددت المحكمة الأسباب التى سبق أن أوردتها فى الحكم السابق) .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد على عرفه ، فراه يقول : « إن المشرع ، وقد عرف الشفعة فى المادة ٩٣٥ من القانون المدني الجديد بأنها رخصة لاحق ، يكون قد دل بذلك على ترجيحه لاتجاه الحنفية فى تكييف الشفعة بأنها إرادة ومشيئة ، وهى بهذه المثابة لا يمكن القول بانتقالها إلى الورثة .. ونحن فى هذا نتفق مع حكم النواتر المجتمة ، ولكننا لاتباه فى - (٣٠)

إلى عكس هذا الرأي ويقول بأن الحق في الشفعة يورث ويتفق في ذلك مع قضاء محكمة النقض (١).

= النتيجة التي انتهى إليها . وذلك لأننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها ، فإذا ما ألبست الرخصة ثوب الدعوى فإنها تتحقق نهائياً أي تنقلب إلى حق يخلص من ذلك أننا نرى أنه إذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه سقطت الشفعة بوفاة ، إذ لا تكون الدعوى مقبولة ابتداء من ورثته لأنهم لم يكونوا مالكيين وقت البيع سبب الشفعة ، وهو شرط أساس لثبوت الشفعة . ولا تقبل منهم الدعوى بصفتهم ورثة للشفيع ، إذ أن الشفيع لم يرفع بعد الدعوى باسمه هو حتى يحل ورثته محله فيها . أما إذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل وفاته ، فإنها تصبح جزءاً من ذمته ، وتنتقل بالتالي إلى ورثته مع أموال التركة الأخرى (محدد بل عرفة ٢ فقرة ٢٦٠) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم البدر أوى إذ يقول : « يبدو أنه إذا توفى الشفيع قبل استعمال حقه ، لم ينتقل حقه إلى ورثته : فحق الشفعة يكون قد سقط عنه ، ولا يستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاك وقت البيع » (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢) - ومنهم الأستاذ إسحاق غانم ، وهو يقول : « ويبدو أن الرأي السليم هو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، لأجل أساس التقيد بالمذهب الحق ، وإنما حل أساس أن من شروط الشفعة ، طبق لما نفتضيه الحكمة المقصودة منها ، أن يكون الشفيع مالكا للمقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة .. ووارث الشفيع لم يكن مالكا للمقار وقت البيع . هذا إلى أن إسقاط الشفعة بموت الشفيع يتمشى مع اتجاه المشرع في التقنين المدني الخلل إلى التضييق منها . ومن رأينا ، بناء على ما تقدم ، أن موت الشفيع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ، ولو طرأت الوفاة بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أوحى بعد رفع دعوى الشفعة » (إسحاق غانم ص ٩٢) - ومنهم الأستاذ حسن كيرة ، حيث يقول : « ونحن نفضل القول بأن الشفعة لا يمكن أن تورث ، لأن المشرع في القانون الجديد يصفها صراحة بأنها رخصة ، ومن المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق . فضلا عن أنه ، كما قالت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف ، يتخلف شرط جوهرى هو أن يكون الوارث غير متملك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى في الأخذ بالشفعة . . . ويجب أن نلاحظ أنه إذا رفعت الدعوى بالشفعة فقد صارت حق للشفيع ، وهذا الحق هو حق مالى ، ولذلك ليس ثمة ما يمنع من أن يرث ورثة الشفيع إذا توفى بعد رفع الدعوى هذا الحق ، لأنهم يرثون حينئذ حقا ولا يرثون رخصة » (حسن كيرة ص ٢٥) - وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٠ ص ٣٦٢ .

(١) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ شفيق شحاتة وهو يقول : « هذا وإن حق طلب الشفعة لا يسقط بموت الشفيع ، وقد قضت بذلك محكمة النقض ولو فرض أن المورث كان يملك طلب الشفعة ، فإن الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق إذا ما انتقل إليه ، وهو لا يحتاج إلى إثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة إليه إذا كانت الشروط قد توافرت بالنسبة إلى مورثه . ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة إلى وارث الشفيع ، ذلك أن الحق بعد الإعلان

ونحن إزاء هذا الخلاف المحتدم ، وقد شمل كلا من الفقه الإسلامي وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء ولم يسعف فيه نص صريح في التقنين المدني إذ ترك هذا التقنين الأمر لاجتهاد القضاء^(١) ، لايسعنا إلا أن نتقدم إلى القضاء بالملاحظات الآتية :

= قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عيني ينتقل إلى الورثة كالحق العيني سواء بسواء. (شفيق شحاتة فقرة ٢٥٨) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة وهو يقول : « ونحن نقر ما ذهب إليه محكمة النقض من أن حق الشفع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة ، ولو أنها رخصة تتعلق بمشقة الشفع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم المقار المشفوع به فتنقل منه إلى الوارث » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٧ ص ٤٩٨) - ومنهم الأستاذ منصور مصطفى منصور وهو يقول : « ونرى أن رأى محكمة النقض هو الرأي الصحيح . ولا يصح الاعتراض عليه والقول إن الوارث لا يجوز له أن يأخذ المقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للمقار الذي يشفع به وقت البيع إذ يجب أولا الفصل في مسألة ما إذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أولا يورث . فإذا قلنا مع محكمة النقض أنه يورث ، فينتقل هذا الحق إلى الوارث بالحالة التي كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فإذا مات المورث قبل أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة فلم يعلن رغبته ، كان للوارث أن يعلن الرغبة في الميعاد المحدد لذلك مادام أن هذا الميعاد لم يته به . وإذا كان المورث قد باشر بعض الإجراءات ، فعل الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا ويباشر هو الإجراءات » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧) . قارب أيضا محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٤ وفقرة ٥٦١ .

هذا وقد قررنا في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « ولا شك في أنه مادام أن النص الذي كان مشروع التقنين المدني الجديد يشمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التي أحاط بها الشفعة تخففا من أثرها ، فقييد حرية التعامل قيذاً جديد أ بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء في هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض في حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة ، قد حسنت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالى ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية » (مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٧٥) - وهذا الذي قلناه لا يمنعنا من معاودة النظر في هذه المسألة لبحث الأمر بحثاً غير متأثر بقضاء محكمة النقض . فقد كنا فيما قدمناه أقرب إلى أن نقرر الواقع ونسجل ما جرى به القضاء ، منا إلى تمحيص هذا القضاء وتقرير ما ينبغي أن يكون .

(١) أما في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فقد جاء في تقنينين منها نص صريح يأخذ بانتقال حق الشفعة بالميراث . فنصت المادة ١١٣٣ / ٣ مدني عراقي على ما يأتي : « متى ثبتت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفع » . ونصت المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المصدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريق عنه لشخص آخر » .

يجب بادىء ذى بدء أن نحدد المسألة تحديدا دقيقا ، فقد قدمنا أن المقصود بحق الشفعة ، الذى ينظر فى انتقاله إلى الورثة أو عدم انتقاله ، ليس هو الحق الذى استقر للشفيع قبل موته بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . ففى رأينا — وسنبسط ذلك فيما يلى — أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل باعلان هذه الرغبة محل للمشتري فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع . ولا شك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه ، إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها . والذى يستلقت النظر فى الأحكام الثلاثة التى صدرت من محكمة النقض فى هذه المسألة ، هو أن الثابت من وقائع الدعوى فى كل منها أن الشفيع لم يمت إلا بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، بل وبعد أن رفع الدعوى بها . فالأحكام الثلاثة التى قضت كلها بانتقال الشفعة إلى الورثة تكون إذن ، من وجهة النظر التى أبديناها ، صحيحة . ولكن محكمة النقض ، كما سئرى ، تذهب إلى أن حق الشفيع لا يثبت إلا عند صدور الحكم . وأيا كان الوقت الذى يثبت فيه للشفيع الحق فى الحلول محل للمشتري — وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم — فإن المسألة التى نبحثها هنا هى دلل ينتقل إلى الورثة الحق فى الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يثبت له حق الحلول محل للمشتري ، أى قبل إعلان الرغبة فى رأينا أو قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة فما ذهبت إليه محكمة النقض ؟ هناك فرضان لا يجوز الخلاف فيهما : (١) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة ، فلهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه ، وهم يأخذون بالشفعة كما قدمنا أصالة عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم . (٢) إذا مات الشفيع بعد أن حل محل المشتري ، سواء باعلان الرغبة فى الرأى الذى نقول به أو بصدور الحكم بثبوت الشفعة فى الرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة ، ولكن لا أصالة عن أنفسهم كما فى القرص الأول ، بل لأنهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث .

والفرض الذى يجوز فيه الخلاف هو ، كما قدمنا ، الفرض الذى يموت فيه الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشترى . وهنا ننظر إلى المسألة من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى وهو المصدر الذى اشتقت منه نصوص الشفعة .

فن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، يجب القول إن الشفيع فى الفرض الذى نحن بصدده ، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشترى ، لم يثبت له حق فى العقار المشفوع فيه . وليست الشفعة فى هذه المرحلة إلا رخصة ، أو هى مترلة وسطى ما بين الرخصة والحق (١) . وسواء كانت رخصة أو كانت مترلة وسطى ، فهى لم تُكسب الشفيع بعد حقا كاملا فى العقار المشفوع فيه . والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى ثبتت للمورث ، ولا ينتقل إليهم رخصة أو مترلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة (٢) . ومن ثم لا يجوز القول ، من ناحية المبادئ العامة للقانون المدنى ، إن الشفعة فى الفرض الذى نحن بصدده تنتقل إلى الورثة .

ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، نرى أن المذهب الفقهى الذى هو أقرب إلى المبادئ العامة للقانون المدنى هو المذهب الحنفى ، فهو يقول عن الشفعة إنها إرادة ومشئنة . وهذه الإرادة أو المشئنة هى التى نعبر عنها فى القانون بأنها رخصة أو هى المترلة الوسطى ما بين الرخصة والحق ، فهى لا تورث لا فى القانون ولا فى المذهب الحنفى . ونحن نأخذ هنا بالمذهب الحنفى لا لأنه هو المذهب الواجب الأخذ به فى الفقه الإسلامى ، فنحن نسلم بجواز الأخذ بأى مذهب وبأى قول فى الفقه الإسلامى فى المسائل المالية ، ما دام هذا المذهب أو هذا القول هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى . وقد رأينا أن المذهب الحنفى هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى فى هذه

(١) أنظر آنفا ص ٤٤٩ هامش ١ .

(٢) ومن أجل ذلك لا ينتقل إلى الورثة حق مورثهم فى قبول الإيجاب الموجه إليه إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم وكان من وجه إليه الإيجاب قد مات قبل أن يقبل الإيجاب . فهناك أيضا يكون الحق فى القول هو مترلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، وليس بحق كامل ، ومن ثم لا ينتقل إلى الورثة .

المسألة ، ومن أجل ذلك نأخذ به . ثم إنه من المقرر في الفقه الإسلامي ، وهو مقرر أيضا في القانون نقلا عن الفقه الإسلامي ، أن الشفيع يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فإن ورثة الشفيع لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم ورثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشية متصلة بشخصه ، وهذه لا تورث^(١) . وهم لا يستطيعون أيضا الأخذ بالشفعة أصلاء عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذي انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم ، وذلك لأنهم كانوا لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فملكيتهم غير متصلة . ويعبر الزيلعي عن هذا المعنى في عبارات جلية إذ يقول : « . . . بخلاف الشفعة لأنها مجرد الرأي والمشية ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ، ولا في حق الوارث وقت البيع . فبطلت ، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ »^(٢) . ودع عنك ، بعد كل هذا ، أن القول بعدم انتقال الشفعة إلى الورثة هو القول الذي يتفق مع فكرة التضييق في حق الشفعة ، وهي الفكرة التي سادت نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد .

بقى أن نستعرض في إيجاز موقف محكمة النقض فيما ذهبت إليه من انتقال الشفعة بالميراث . فهي في حكمها الأول الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ قد أقرت في الاستناد إلى الفقه الإسلامي ، واستخلصت من هذا الفقه رأيا راجحا أسندته إلى المالكية والشافعية والإسناد هنا صحيح ، وإلى الحنابلة

(١) ويشبه ذلك حق التعويض عن الضرر الأدبي ، فهو أيضا متصل بشخص المضرور . ومن أجل ذلك لا يورث ، إلا إذا تمحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدني) .

(٢) الزيلعي جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - وانظر أيضا قوله كاملا في ص ٤٩٢

والإسناد هنا محل للنظر فقد أوردنا فيما قدمناه المذهب الحنبلي وهو أقرب إلى المذهب الحنفي^(١) . واستخلاص رأى راجع في الفقه الإسلامى يقول بتوارث حق الشفعة على النحو الذى ذهبت إليه محكمة النقض هو أيضا محل للنظر ، فقد قدمنا أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وأن الحنفية والحنبلة وكثيرا من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة يقولون بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وأن هذا القول هو الأقرب إلى الرجحان. ولم يستوقف محكمة النقض هذا التمييز الدقيق بين خيار وخيار الذى ورد في المذهب الحنفي ، وهو من التميزات المنطقية المحكمة التى اشتهر بها هذا المذهب . وقد أحسنت محكمتنا العليا التعبير عنه ، وإن كانت لم تأخذ به ، حين تقول : « فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففي خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاصقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . وإذا كانت محكمة النقض قد أفرطت في الاستناد إلى الفقه الإسلامى في حكمها الأول ، فهي في حكمها الثانى الصادر في ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ قد فرطت في الاستناد إلى هذا الفقه ، إذ تقول : « فكون الشريعة الإسلامية هي مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقييد بآراء أئمتها عند البحث في هل ينتقل حق الشفعة بالارث أو لا ينتقل »^(٢) . وعند المحكمة أن « الاستشفاع . . توافرت فيه

(١) أنظر آتد ص ٤٦١ .

(٢) ووجه التفريط هنا أن محكمة النقض تكاد تعلن أنها لا تعتد بالفقه الإسلامى في مسألة من مسائل الشفعة ، تضاربت فيها النصوص في المشروع التمهيدى والمشروع النهائى لموضوع الشفعة ، واختلفت فيها المحاكم اختلاف بينا ، وزخرت مذاهب الفقه الإسلامى فيما أوردته من أقوال في شأنها . وليس ثمة شك في أن الفقه الإسلامى هو المصدر الذى استقى منه المشرع المصرى نصوص الشفعة ، فوجب الرجوع إليه في تفسير ما غمض من هذه النصوص وفي استكمالها

عناصر المالية . . . وجب اعتباره مالا . . . وتستدل على ذلك بأحكام القانون الوضعي الذي جعل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع . . . وتستخلص محكمة النقض من ذلك أنه لا يمكن القول « بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال » . ولا توجد علاقة ظاهرة بين ما تقدمت به المحكمة من أدلة وبين ما انتهت إليه من نتيجة . ثم إنه لا يوجد تعارض بين أن تكون الشفعة حقا متصلا بشخص الشفيع وأن تكون متعلقة بالمال ، فكثير من الحقوق التي تتصل بشخص الدائن يمكن أن تعلق بالمال ، كحق النفقة وحق التعويض عن الضرر الأدبي . وأخيرا يؤخذ على قول محكمة النقض إن الاستشفاع وهو الحق في الأخذ بالشفعة يجب اعتباره مالا ، أن الفرق بين الاستشفاع والمال هو الفرق بين السبب والمسبب ، فالاستشفاع إنما هو سبب لكسب المال وليس بمال . ومن أجل ذلك لا ينتقل الاستشفاع ، كما ينتقل المال ، إلى الوارث ، لأنه سبب متروك إلى إرادة الشفيع ومتصل بشخصه .

كما نقص منها . هذا إلى أن المادة الأولى من التقنين المدني ، عندما تعدد مصادر القانون التي تتبع منها الأحكام مباشرة ، تذكر بعد النصوص التشريعية والعرف مبادئ الشريعة الإسلامية . فمبادئ الفقه الإسلامي أصبحت ، بموجب هذا النص ، من بين المصادر التي يستق منها مباشرة القانون الوضعي . وليس أولى من نظام الشفعة ، بين النظم القانونية التي اشتمل عليها التقنين المدني ، بالرجوع فيه إلى مبادئ الفقه الإسلامي . ولا نقيده في الرجوع إلى هذه المبادئ بمذهب دون مذهب ، بل نختار من مذاهب الفقه الإسلامي ومن أقوالها ما هو أكثر ملاءمة لحاجات العصر ، وأشد انسجاما مع المبادئ العامة التي تسود التقنين المدني .

ويلاحظ مع ذلك أن التكييف القانوني للتصرف تتبع فيه مبادئ القانون المدني دون مبادئ الفقه الإسلامي . مثل ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا في بيع العقار . فتكييف التصرف بأنه بيع تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فلا تندرج المقايضة ضمن البيع تبعاً لمبادئ القانون المدني وإن كانت تندرج تبعاً لمبادئ الفقه الإسلامي . وكذلك تكييف المال بأنه عقار تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فالبناء يعتبر عقاراً ولو أنه في بعض المذاهب الإسلامية يعتبر منقولا . ثم إن تكييف البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو صحيح ، أو أنه مطلق على شرط وامت أو على شرط فاسخ ونحو ذلك ، تتبع فيه مبادئ القانون المدني ، دون مبادئ الفقه الإسلامي . من تقسيم البيع إلى باطل وقاصد وموقوف وناقد ولازم .

١٦٤ - التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة ومقصودها -

التفصيل في حق الشفعة في التقنين المرئي الجدير : كانت أحكام الفقه الإسلامي في الشفعة هي المعمول بها قبل صدور التقنين المدني المختلط ثم التقنين المدني الوطني السابق . ولما صدر هذان التقنيتان اشتمل كل منهما على نصوص في الشفعة هي تقنين لأحكام الفقه الإسلامي . صدر التقنين المدني المختلط أولاً ، فاشتمل على المواد ٩٣ - ١٠١ والمادتين ٥٦٢ - ٥٦٣ تقرر حق الشفعة وتنظم هذا الحق . فجعلت الشفعة في العقار (م ٩٣ - ١٠١) ، وكذلك في المنقول حيث أضيفت الشفعة إلى حق الاسترداد (م ٥٦٢ - ٥٦٣) . كما جعلت « لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة ، إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية » (م ٩٣) ، فيشفع صاحب الأرض في البناء أو الغرس إذا باعه صاحبه . ثم جعلت الشفعة للشريك في العقار الشائع ، ثم للجار . « وفي كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمي الحاصل له بإبداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق ، وإلا سقط حقه » (م ١٠١) . ثم صدر التقنين المدني الوطني ، فاشتمل على المواد ٦٨ - ٧٥ تقرر حق الشفعة في العقار ، أما حق استرداد الحصة الشائعة فقد جعل في العقار والمنقول (م ٤٦٢) . وأحكام الشفعة في التقنين المدني الوطني تماثل ، فيما عدا فروقا قليلة ، أحكام الشفعة في التقنين المدني المختلط . ومن هذه الفروق ما نصت عليه المادة ٧٥ من التقنين المدني الوطني من أنه « يجب على من له حق الشفعة ، ويرغب الأخذ بها ، أن يبين رغبته في ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار ، في ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسمياً بمعرفة المشتري بإبداء رغبته ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق » .

وقد أظهر العمل أن هذه النصوص ليست وافية ، واستدعى اقتضاها الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، فأدى ذلك إلى تناقض الأحكام . فصدر قانون خاص بالشفعة ، هو الأمر العالي الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بانسبة إلى القضاء المختلط ، والأمر العالي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

بالنسبة إلى القضاء الوطني . وبذلك انفصل قانون الشفعة عن التقنين المدني ، وألغى هذا القانون النصوص السابق الإشارة إليها في التقنين المدني . وهذا هو قانون الشفعة السابق ، الذي استمدت منه نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد ، بعد أن أعيدت هذه النصوص إلى مكانها الطبيعي في التقنين المدني . وقد جعل قانون الشفعة السابق الشفعة في العقار للشريك في العقار الشائع أولا ، ثم للجار المالك في أحوال معينة . واعتبر شريكا في العقار المشفوع فيه من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه . ويسقط حق الشفعة إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بها في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته ، ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا . وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، والحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ويحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، فإذا ظهر أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ، ولكن ليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . وقد كان قانون الشفعة السابق أو في كثير مما سبقه من النصوص التي وردت في التقنين الوطني والمختلط ، وعالج كثيرا من وجوه النقض في هذه النصوص .

وعند إعداد المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، لم يعدل المشروع في النصوص التي كانت لجنة الأستاذ كامل صدق قد وضعتها في شأن الشفعة مستمدة إياها من قانون الشفعة السابق كما قدمنا ، بل بقيت هذه النصوص كما هي مع تعديل طفيف في ترتيبها وفي بعض أحكامها . وقد استقر رأي هذه اللجنة ، بعد مناقشات طويلة (١) ، على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية.

(١) أنظر هذه المناقشات في خضر جلة ١٤ مايو سنة ١٩٣٧ لجنة الأستاذ كامل صدق . وقد انقسم الأعضاء في الرأي ، فبعض رأى الإبقاء على الشفعة بالنسبة إلى الشريك في الملك وإلغاءها بالنسبة إلى الجار ، وبعض رأى الإبقاء على الشفعة كلما كان من شأنها جميع عناصر الملكية في يد واحدة بعد تشيئها وتجزئتها والاعتراف بحق الشفعة للجار في حالة وجود حق -

وقد كان للشفعة خصوم يرون وجوب إلغائها لأنها قيد خطير يرد على حرية التعاقد ، ولم يعد لها ما يسوغها ، وبخاصة الشفعة بسبب الحوار . غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد استبقى الشفعة كاملة بما فى ذلك الشفعة بسبب الحوار ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ماتفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة (١) . وعند نظر المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، حذفت هذه اللجنة الشفعة بسبب الحوار ، إذ هى موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يقول بها إلا المذهب الحنفى مع تقييدها بشروط معينة . وعلى ذلك قدم المشروع النهائى لنصوص الشفعة إلى مجلس النواب خالية من الشفعة بسبب الحوار . فاحتدمت المناقشة فى هذا المجلس ، بين مؤيدين لإلغاء شفعة الحوار ومنادين بوجوب إرجاعها . وانتصر أخيرا رأى القائل بوجوب إرجاعها ، وأقر مجلس النواب نصوص الشفعة بعد أن أعاد إليها النص الخاص بالشفعة بسبب الحوار (٢) .

سارتفاق على الأقل . وأشار بعض الأعضاء إلى الأضرار اللازمة لنظام الشفعة من مساومات تجرى بين بعض الجيران يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية ، ومن أن الشفعة من الوجهة الاقتصادية سبب من أسباب تخفيض قيمة الملك ، ومن حالة عدم الاستقرار التى يستهدف لها الملاك فى أثناء قيام النزاع على الشفعة الذى قد يطول أمره بضع سنين . وقال بعض الأعضاء إنه حتى لا يبق معزير الملك مطلقا أو مشكوكا فيه أمدا طويلا يجب تقصير المواعيد الخاصة باستعمال حق الشفعة ، والتوسع فى حالات سقوط هذا الحق . وتأسيا على ذلك رأى بعض الأعضاء التسليم بمواز النزول مقدما عن حق الشفعة قبل ثبوته ، وإلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكة وإلا سقط حقه فيه ، والتضييق فى حالات التزام بين الشفعاء ، ومنع الشفيع من الرجوع فى الشفعة تعسفا بعد استعمال حقه فيها . وقد وافقت اللجنة أخيرا ، بأغلبية الآراء ، على استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى كل من الشريك فى الملك ومالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، وكذلك بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق - أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٩ - ص ٣٦٣ فى الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٣ .

(٢) كانت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، بعد أن تلقت المشروع النهائى لتقنين المدنى الجديد خلوا من الشفعة بسبب الحوار ، قد أضافت نصا يحمل حق الأخذ بالشفعة «لجار المالك فى الأراضى الزراعية ، إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها» . ولما عرضت نصوص الشفعة على مجلس النواب ، احتدمت المناقشة فى الشفعة بسبب الحوار .

وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أحد الأعضاء إلغاء شفعة الحوار « وعدم

وافتح المناقشة أحد الأعضاء مطالب بإعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت في قانون الشفعة السابق ، وقال في هذا الصدد : « نحن بلد شرقى له عاداته وتقاليده ، وكنت أظن أن الحكومة ستعمل في مشروعها بإخديد على رفع القيود الواردة في القانون الحالى ، فتوسع نطاق حق الشفعة لا أن تضيقه ، حتى يصبح من حق الجار أن يشتري العقار بطريق الشفعة إما دفعا لضرر كما قلت ، وإما لتمكين الجار من شراء الأراضى المتداخلة في أرضه ، فيتحقق ما نصبو إليه من استواء الأراضى وحسن تقسيمها » . فرد أحد الأعضاء قائلا : « الواقع أن حق الشفعة بالنسبة للجار في الشريعة من المسائل الخلافية التى فيها رأيان ، رأى راجح ورأى مرجوح . فأما الرأى المرجوح فهو رأى الإمام أبى حنيفة الذى يرى وحده دون الأئمة الثلاثة جواز الشفعة للجار... أما باقى الأئمة فهم لا يميزون هذا النوع من الشفعة ... بل رأوا أن المصلحة في أن يكون كل من المالكين حراً في أن يبيع لمن يشاء لجار أولغيره ... هذا فيما يتعلق بالشريعة . أما فيما يتعلق بالموضوع فلست أدري ماهى العلة التى تحملنا على أن نبيع ما يراه زميل المحترم . ولكنى أزيد المسألة وضوحاً أضرب لكم مثلاً ... هبوا أن ... يملك فى أسبوط ٩٩٩ فداناً وأملك أنا بجواره فداناً واحداً ... وأردت أن أرحل من أسبوط إلى القاهرة . ولكن لى ... قريباً يملك فداناً واحداً كذلك ، ولو هو حظه لم يكن فداناه ملاصقاً لفدانى . فلما عزم أن أبيع له فدانى ، جاء .. وقال إن فدانك ملاصق لأرضى وأريد أن امتلكه حتى يصبح عندى ألف فدان (أى رقم دائرى) . فريد أن يجبرنى محتجاً بالشفعة على أن يأخذ منى هذا الفدان دون أخى أو قريبى » . وأضاف أحد الأعضاء قائلاً : « أضيف إلى مقاله زميل أنه أكثر الذين تناولوا مواد الشفعة من رجال انقانون يعتبرون أنها حق مكروه كالطلاق . أما سوء الحوار الذى يقول به زميل ... فقد انتهى أمره ، لأن الناس كانوا قلة فى الماضى ، وكان يمكن أن يؤذى الجار جاره . أما فى الوقت الحاضر فقد زاد العمران وزاد عدد السكان ، وأصبح الإنسان لا يعرف جاره » . ثم عارض أحد الأعضاء قائلاً : « إن حق الشفعة كان معروفاً فى مصر من زمن بعيد ، وأريد تقييده ، فصدر قانون بذلك سنة ١٩٠١ اشترط لثبوت حق الشفعة الحوار من حدين ، ومنعها فى البيع للأخ أو الأب أو الابن أو القريب من الدرجة الثانية أو الزوجين .. أما القول اليوم بمنع الشفعة إطلاقاً على أساس القول بحرية التعاقد ، فكلام بعيد عن الحقيقة » . فرد أحد الأعضاء : « الواقع أن الجار القوى لا يشتري إلا بأجنس الأثمان ، وهذا هو الذى يلجئ الجار الضعيف تحت سيف التهديد بحق الشفعة من الجار القوى إلى الاحتيال على القانون برفع الثمن . ومن ثم يأتى الجار القوى .. ويطالب بحق الشفعة فتنشأ المنازعة وترفع القضايا .. نحن الآن أمام مشكلة الملكيات الكبيرة ونريد أن نقضى عليها قضاء مبرماً ، لأن عهد العبودية والاستعباد الأرضى يجب أن يزول » . فعاود العضو المعارض معارضة قائلاً : « تساءلت عن الحكمة التى حدثت بالحكومة واللجنة إلى هذا التقييد ، وطالبت بإيضاح المبررة ، فتكلم .. وتحدث عن الملكية الكبيرة وأن الشفعة تحد من هذه الملكية . لا ياسيدى لم يقل أحد بذلك . فنحن بصدد تشريع عام لا تشريع يتعلق بالملكية الكبيرة أو الصغيرة .. إذا أردتم تعديلاً فى التشريع فبينوا السبب الذى يبرر هذا التشريع ، وإذا أردتم الحد من الملكية الكبيرة فخذوا منها ما شئتم .. حذوا من الرأسمالية وحاربوها ، لعنة الله عليها وعلى من يحبها ، إنما نحن بصدد تشريع ، والتشريع لا بد له من مبرر ، والحكومة ومن تكلموا لم يذكروا أى مبرر يصح أن يتخذ سبباً لهذا التعديل » .

الأخذ بتعديل مجلس النواب ، خصوصا وأن الحوار أصبح لا يعتد به الآن ، وقد لا يعرف الحوار جاره ، وأن التوسع في الأخذ بالشفعة يناهى الشعور السائد في منع تكتل الملكية . ولكن اللجنة ، بأغلبية الآراء ، أقرت شفعة الحوار ، ووافقت على المشروع بالتعديل الذي أدخله مجلس النواب (١) . وعلى ذلك أقر المشروع في مجلس الشيوخ على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، شاملا لشفعة الحوار ، ومستحدثا في قانون الشفعة السابق لبعض أحكام تفصيلية منعرض لها في مواضعها .

ومهما يكن من أمر استبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية ، ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الحوار ، فقد شاعت في نصوص التقنين المدني الجديد في الشفعة روح التضييق من هذا الحق . وتظهر هذه الروح جلية في تعديلات استحدثتها التقنين المدني الجديد ، نذكر منها ما يأتي :

١ - أهم تعديل استحدثته التقنين المدني الجديد ، للتضييق من حق الأخذ بالشفعة ، هو التعديل القاضي بوجوب إيداع الشفيع خزانة المحكمة « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة » (م ٢/٩٤٢ مدني) . ولم يكن قانون الشفعة السابق يوجب هذا الإيداع ، بل كان يقتصر على النص على أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة « مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » (م ١/١٤ من قانون الشفعة السابق) . فلم يكن عرض الثمن عرضا حقيقيا محتما ، بله الإيداع في خزانة المحكمة ، بل كان يكفي أن يبدى الشفيع استعدادا لدفع الثمن وملحقاته في صحيفة دعوى الشفعة . فوضع التقنين المدني الجديد ، بإجابه إيداع الثمن خزانة المحكمة ، حدا لدعوى الشفعة غير الجدية التي يقصد بها في الغالب فتح المجال للمضاربة عن طريق تهديد المشتري حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال . لا سيما إذا لوحظ

— وانتهت المناقشة بأن وافق مجلس النواب على اقتراح قدمه أحد الأعضاء يقضى بإعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت عليه في قانون الشفعة السابق — أنظر في هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٢ - ص ٢٨٤ في الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥ .

أن الشفيع لم يكن ملزماً في قانون الشفعة السابق ، كما هو ملزم في التقنين المدني الجديد (م ٩٤٣ مدني) ، بقيد الدعوى في ميعاد معين . فكان يكتب باعلان صحيفتها دون أن يقيد بها ، ثم يفتح الباب لمساومة المشتري . وهكذا ضيق التقنين المدني الجديد بهذا الحكم أشد التضييق من حق الشفعة . إذ أصبح واجباً على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة : وليس هذا بالأمر اليسير في كثير من الأحوال .

٢ - أجاز التقنين المدني الجديد نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ مدني) ، فهد بذلك السيل للمشتري في أن يحصل على نزول الشفيع عن الشفعة مقدماً قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك حتى يطمئن إلى مصير الصفقة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون الشفعة السابق ، فعبارة الواردة في المادة ١٩ (أولاً) منه تفيد أنه لا يجوز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، وإن كانت محكمة النقض قد قضت ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن النزول عن الشفعة جائز حتى قبل البيع (٢) .

٣ - منع التقنين المدني الجديد الأخذ بالشفعة « إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » (م ٩٣٦ ب مدني) . أما قانون الشفعة السابق ، فقد كان ينص في المادة ٣ منه على أنه « . . . لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد توسع في منع الأخذ بالشفعة . فضيّق من هذا الحق ، بأن منعه في البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التي اقتصر عليها قانون الشفعة السابق ، ومنعه في البيع ما بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنعه في البيع ما بين الأصهار أصلاً .

٤ - أسقط التقنين المدني الجديد الحق في الأخذ بالشفعة « إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » (م ٩٤٨ ب مدني) ، في حين أن

(١) انظر آنفاً ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ -

وانظر آنفاً ص ٥٥ : هامش ١

قانون الشفعة السابق في المادة ٢٢ منه كان لا يسقط الشفعة إلا « بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » .

٥ - نص التقنين المدني الجديد صراحة على أنه إذا توافرت في المشتري الشروط التي كانت تجعله شفيعا ، « فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته » (م ٩٣٧ / ٣ مدني) . وقد كانت محكمة النقض ، بالتطبيق لأحكام القانون الشفعة السابق ، لا تفضل المشتري الشفيع على شفيع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدني الجديد بالنص صالف الذكر ، وسنعرض لهذه المسألة في موضعها .

هذا إلى أن تكييف التقنين المدني الجديد الشفعة تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وتصريحه في المادة ٩٣٥ مدني بأن « الشفعة رخصة » ، ساعد على ترجيح الرأي القائل بأن الشفعة لا تنتقل بالميراث ، إذ أن الرخص لا تورث على التفصيل الذي سبق أن بسطناه (١) . وفي عدم انتقال الشفعة بالميراث تضيق في الأخذ بها ، ما دامت ورثة الشفيع لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة (٢) .

وبالرغم من هذا التضيق في الأخذ بالشفعة ، فإن التقنين المدني الجديد لا يزال يعتبر الجوار في حالات معينة سبباً من أسباب الأخذ بها . وإذا كان من المستساغ أن يثبت للشريك في الشيوع حق الأخذ بالشفعة تفادياً من دخول أجنبي بين الشركاء ، وكان من المستساغ أيضاً أن يثبت لصاحب الرقبة

(١) أنظر آنفاً ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع اتمهيدى في صدد التضيق في المشروع من حق الأخذ بالشفعة : « على أن المشروع كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضيق في الأخذ بها ، إذ هي قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ، ومن ناحية الإجراءات . فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها ، إذ جعل قرابة الحواشي المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، وأنقص المدة التي تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى ثلاثة أشهر (أصبحت أربعة أشهر) من يوم تسجيل البيع . وعالج (المشروع) من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضيق في الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغاً يساوي الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقد عادت الشفعة في المشروع إلى مكانها في التقنين المدني ، بعد أن انفصلت عنه منذ صدور القانون الحالي (السابق) الخاص بالشفعة في سنتي ١٩٠٠ و ١٩٠١ ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٤) .

أو لصاحب حق الانتفاع أو للمحكر أو للمستحكر أن يأخذ بالشفعة جمعا لما تفرق من شتات الملكية ، فليس من المستساغ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد . وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية : ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها . والجوار قد أصبح في الوقت الحاضر ليس بذى خطر كما كان في الماضي ، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة . بل إن الجوار ، حتى في الماضي ، لم يكن سببا من أسباب الأخذ بالشفعة في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي . فاذا أضيف إلى ذلك أنه كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية العقارية والتوسع في تملك الأراضي والمباني المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة منهم ، تبين أنه كان من الصواب الوقوف عند المشروع النهائي للتقنين المدني الجديد الذى أقرته لجنة المراجعة ، وقد حذف فيه الجوار سببا للأخذ بالشفعة على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

وبعد هذه النظرة التمهيدية في الشفعة ، نتناول أحكامها في مباحث ثلاثة :
(١) شروط الأخذ بالشفعة . (٢) كيفية الأخذ بالشفعة . (٣) آثار الأخذ بالشفعة .

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٦٥ - فهرسة شروط الاخذ بالشفعة : تلخص هذه الشروط في

أمرين : (١) بيع عقار . (٢) وجود شفيع .

المطلب الأول

بيع عقار

١٦٦ - مسألتاه : نعرض هنا لمسألتين : (١) بيع العقار الأصل فيه

جواز الأخذ بالشفعة . (٢) ومع ذلك هناك بيع عقارية لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة .

§ ١ - بيع العقار الأصل فيه جواز التمتع بالشفعة

١٦٧ - ما يشتمل عليه بيع العقار من مسائل : إذا بيع عقار ، انفتح باب الشفعة . والأصل جواز أن يؤخذ هذا العقار بالشفعة ، إذا وجد شفيع وتوافرت سائر شروط الشفعة . والمفروض أن يكون هناك عقار ، وقد ورد عليه عقد البيع .

فالشفعة لا تكون إلا في العقار ، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة . ثم إن الشفعة غير قابلة للتجزئة ، فلا تجوز تجزئة العقار أو العقارات المباعة عند الأخذ بالشفعة ، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة . ثم يجب أن يرد على العقار عقد البيع ، فهذا العقد هو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، وأي عقد آخر ولو كان ناقلاً للملكية لا تجوز فيه الشفعة . ولا يشترط في البيع ، حتى يصح الأخذ بالشفعة ، أن يكون مسجلاً . وقد تتوالى البيوع على العقار الواحد ، فيثار التساؤل في أيها يجوز الأخذ بالشفعة .

فهذه جملة من المسائل . نستعرضها متعاقبة على الترتيب الآتي : (١) لاشفعة في المنقول . (٢) الشفعة غير قابلة للتجزئة . (٣) لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع . (٤) جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . (٥) الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع .

١٦٨ - لا شفعة في المنقول : الشفعة لا تكون إلا في العقار ، ولا شفعة في المنقول . وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد ، لا حق الشفعة . وقد سبق أن بسطنا القول في حق الاسترداد في الجزء الثامن من الوسيط عند الكلام في الملكية الشائعة ، وبيننا أن حق الاسترداد يثبت في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لأجنبي بطريق الممارسة . ولحق الاسترداد قواعد ومواعيد وإجراءات تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها واجراءاتها ، وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي . على أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الشفعة ، وليست الشفعة إلا حق استرداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط (٢١)

معينة . أما شروط حق الاسترداد فهي تنحصر ، على ما سبق أن بينا (١) ، في أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من 'المال أو في منقول معين بالذات ، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة ، وأن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء (م ٨٣٣ مدني) . ويجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، وإجراءات الاسترداد ليست من التعقيد بالقدر الذي عليه إجراءات الشفعة ، وهي إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول .

وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة ، لأن السفينة منقول ، والذي يرد هو حق الاسترداد (٢) . كذلك لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال ، كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع ، فلا يشفع في هذا البناء أو الغراس شريك أو جار . أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالاً عن الأرض . كبيع المحتكر للبناء الذي أقامه على الأرض المحكرة أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل ، فهو بيع عقار لا بيع منقول . ومن ثم يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذ هذا البناء بالشفعة ، إذا توافرت فيه سائر الشروط (٣) .

والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله ، فإذا بيع مستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول . ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة . أما إذا بيع مع هذا العقار ، فانه يجوز أخذه بالشفعة تبعاً للعقار . وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من

(١) الوسيط ٨ فقرة ٥١٦ .

(٢) وعند مالك ، دون المذاهب الأخرى ، تجوز الشفعة في السفينة لأنها أعدت كالعقار لتكون مسكناً .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢١٢ - محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٤٤١

- وعند الحنفية بيع البناء أو الشجر استقلالاً عن الأرض هو بيع منقول ، أما إذا بيع مع الأرض فيجوز أخذه بالشفعة تبعاً للأرض . وقد جاء في المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران في هذا الصدد : « لاشفعة في البناء والشجر المبيع قصداً بكون الأرض القائم عليها ، فإذا بيع البناء تبعاً للأرض ثبتت فيه الشفعة » . أما المالكية فيعتبرون البناء عقاراً ، فتثبت فيه الشفعة حتى لو بيع استقلالاً عن الأرض .

مواش وآلات رى ونحوها مما يعد عقارا بالتخصيص ، فان الشفعة تثبت في المزرعة وما تشتمل عليها من المواشى وآلات الرى وغيرها من العقارات بالتخصيص . أما إذا فصلت المواشى أو آلات الرى عن الأرض وبيعت مستقلة ، فان الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول (١)

١٦٩ - الشفعة غير قابضة للجزئية : معنى أن الشفعة غير قابلة للجزئية أنه

لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة . في صفقة واحدة ، بعض المبيع دون بعض ، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٥ مدنى ينص على هذا الحكم صراحة ، إذ كان هذا النص يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة . وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . واجتازت هذه الفقرة المراحل التشريعية حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ . بعد أن عدلت في لجنة المراجعة بما يجعل الشفعة لا تنتقل بالميراث على ما مر بيانه (٢) . ودار نقاش في لجنة مجلس الشيوخ حول توريث حق الشفعة وتجزئته ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة كلها من المشروع « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (٣) . والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة ، وهذا هو الحكم أيضا في الفقه الإسلامى (٤) .

وتأصيل المسألة أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٧٥ من ٣٧٠ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ - شفيق شحانة فقرة ٢٥٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٠ ص ٤٦٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٢ - حسن كيرة ص ١٢ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٦ .

(٤) وقد نصت المادة ١١٣٥ مدنى عراقى على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشقوق ويترك بعضه . لكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع ، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي » . ونصت المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانية (المعدلة بقانون د شباط سنة ١٩٤٨) على أن « حق الشفعة لا يتجزأ . فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله . فإذا تعدد الشفعاء المتساوون في الفئة ، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة ، وجب على الباقين طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترون فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » .

في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه ، ولا يكون هذا تجزئة للشفعة (١) . فإذا باع المالك عقاراً واحداً لمشتريين متعددين في صفقات متعددة ، بأن اشترى كل من المشتريين جزءاً مفرزاً من العقار بضمن مسمى ، ولو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات ، وكان للعقار جار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، كان لهذا الجار أن يأخذ بالشفعة في جميع الصفقات فيستولي على كل العقار ، وكان له أيضاً أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذ هو لم يفرق الصفقات فقد كانت مفرقة من الأصل (٢) . وكذلك إذا باع المالك عقارات متعددة ولو لمشتري

- (١) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٣١ ص ٥٤٤ .
- (٢) فإذا طلب الشفع جزءاً مفرزاً من هذه الأجزاء ، وجب أن تتوافر في هذا الجزء شروط الأخذ بالشفعة ، بأن يكون مثلاً ملاصقاً للأرض المشفوع بها من حدين وتكون قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة هذا الجزء . ويستطيع الشفع بعد ذلك أن يشفع في أى جزء مفرز آخر من العقار إذا كان متصلاً بالجزء المفرز الذى شفع فيه أولاً ، حتى لو لم تتوافر شروط الشفعة في هذا الجزء الآخر بأن يكون مثلاً غير ملاصق للأرض المشفوع بها إلا من حد واحد أو غير ملاصق لها أصلاً . ولكن لا يستطيع أن يشفع في جزء مفرز لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ، إذا كان هذا الجزء غير متصل بجزء تتوافر فيه هذه الشروط ويكون الشفع قد أخذه بالشفعة . وقد قضى في هذا المعنى بأنه إذا كان سبب الأخذ بالشفعة الجوار من جهتين ، وجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى الحصص التى يطلب أخذها بالشفعة في مجموعها . فلا يصح له مثلاً أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التى لا يكون له بها اتصال أو التى لا يكون له بها اتصال إلا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصة المتصلة بها والمجاورة للملكة من الجهتين . ولكن يكفي أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوافر فيه في ذاته شرط الجوار للملك الشفع من الجهتين . وذلك لأن إباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن المعتبر في نظر القانون هو كلية العقار أو كلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه ، بحيث أن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلا واحداً متى تحقق الجوار من جهتين في بعضه سرى ذلك إلى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، وهي أنه في مثل هذه الحالة يكون للشفع أن يأخذ العقار بتمامه ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين . وقد لاحظ المقتن في ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفع من جميع من ينتقل إليهم بالبيع بخصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه . وقد يكون ذلك متحققاً في عدد من جيرانه الجديدين ، فإن اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون بعض فانه يبقى جاراً ملاصقاً أيضاً لهذا البعض الباقي فلا يدفع عن نفسه أذى جواره . لذلك حمل له القانون الحق في أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوافراً في بعضها ويكون باقياً متصلاً بها (طناً الكلية ١٦ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسبة ٢٠ رقم ٤٢ ص ٥١) .

واحد ، في صفقات متفرقة ، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، إذا توافرت شروطها ، في بعض الصفقات دون بعض . وليس في هذا تجزئة للشفعة ، فان الصفقات كانت من الأصل متفرقة (١) .

أما إذا كانت الصفقة واحدة ، فانه لا يجوز للشفيع أن يفرقها بأن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة دون أن يأخذ الصفقة كاملة ، إذ أن ذلك يكون تجزئة للشفعة (٢) . ويمكن تصور وحدة الصفقة في فرضين : إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع وهذا هو فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع (٣) ، وإذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وهذا هو فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشتري (٤) .

أ - في فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع ، إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع ، لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة ، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من المشتريين قد اشترى

(١) وقد يكون العقار مقسوما بين الشريكين ، فيستقل كل منهما بنصيبه مفرزا وبيع الإثنان نصيبهما المفرزين في عقد واحد ، فلا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا النصيب المجاور ، وليس له أن يأخذ النصيبين معا بحجة عدم التجزئة . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا باع الشريكان عقارا وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فعقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة إلا في الجزء المجاور له ، ولا يحق له أن يأخذ جميع العقار بحجة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ علم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع (استئناف مصر ٤ يونه سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وإذا كان العقار المشفوع فيه أرضا زراعية أقيم فيها بناء ، فليس للشفيع أن يقتصر في طلب الشفعة على الأرض دون البناء بدعوى أنه غير محتاج له ، كما أنه يتعين على الشفيع أن يشفع في الأرض بما تشتمل عليه من ملحقات إذا دخلت هذه الملحقات في عقد البيع (استئناف مختلف ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩١ - ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤) .

(٣) أما إذا باع المالك عقاره لمشتري واحد ، فيدعي أن الشفيع لا يستطيع أن يجزئ الصفقة فيأخذ بعض العقار دون أن يأخذ الباقي .

(٤) وهناك فرض ثالث هو أن يتعدد الشفعاء ، فيتعين على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة . وسنعرض لهذا الفرض عند الكلام في تعدد الشفعاء وتزاحمهم ، إذ هناك هو المكان الأنسب لبحثه .

جزءاً مفرزاً من العقار في صفقة مستقلة ولو في عقد واحد مع سائر المشترين ، فقد قدمنا أن الشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون بعض . وقد كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق تنص صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » . فالمناط في وحدة الصفقة وتعددتها يكون إذن يبيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها (١) ، أو يبيع العقار أجزاء مفروزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض . وإذا كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق لم تنقل إلى نصوص التشريع المدني الجديد ، فإنه يصح مع ذلك الأخذ بحكمها ، إذ هو حكم لا ينحرف عن المبادئ العامة ، فضلاً عن أنه كان مطبقاً منذ زمن طويل فاستقر في عرف التعامل (٢) . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذا الحكم ، بأن المادة ١١ من قانون الشفعة القديم تقضي بأنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . وهذا يفيد بداهة أن الشفيع إذا رغب في استعمال حقه في أخذ كل العقار المبيع بالشفعة ، وجب عليه أن يوجه الدعوى بها إلى

(١) ويشترط في ذلك بيع العقار بأكمله لمشتريين متعددين على الشيوع ، فإذا بيعت حصة شائعة من العقار لمشتريين متعددين على الشيوع ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الشفعة ، وجاز للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين دون أنصبة الباقين ، ولا يكون في هذا تفريق للصفقة لأنها مفرقة من الأصل . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن مناط تطبيق المادة ١١ من قانون الشفعة أن يكون المبيع عقاراً بتمامه لعدة مشترين ، فإذا كان المبيع جزءاً شائعاً في عقار لعدة مشترين ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ووجب الرجوع إلى القواعد العامة . وهي تميز الشفعة في بيع كل حصة شائعة ، متى توافرت أسباب الشفعة فيها . فإذا كان الحكم قد أسقط حق الشفيع قبل أحد المشترين استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة ١١ سالفة الذكر مع أن المبيع كان جزءاً شائعاً فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤) .

(٢) أنظر محمد علي عرفة ٢ نقرة ٢١٦ ص ٣٨٩ .

جميع المشترين حتى تتم عملية التحويل في مواجهة جميع أطرافها . ولا يعفيه من ذلك طعنه بصورية عقد هؤلاء المشترين . بحجة أن إدخاله في عقد الشراء كان إجراءً صورياً قصد به إسقاط حقه في الشفعة^(١) .

وإذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع ، وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة كما سيجىء . فان الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين . ذلك بأن الشفع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة كما قدمنا ، وهو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة . وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه ، فتسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشترين^(٢) . وذلك ما لم يطعن بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين بعقد صوري تخايلاً لمنع الأخذ بالشفعة ، فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة في كل العقار . ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصوري . وأن يدخله خصماً في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهته صورية عقده ، وهذا قضت محكمة النقض في الحكم الذي سبق ذكره^(٣) . وقد يتحایل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر ، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتري واحد أو لمشتريين متعددين على الشيوع ، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذي يلاصق العقار المشفوع به . فيبيعه مفرزاً يباع صورياً لشخص آخر ، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمنع الأخذ بالشفعة . فإذا أثبت الشفع ذلك ، كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع^(٤) .

(١) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ .

(٢) سواهج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ - إسنا ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

(٣) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ ، وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ١٨٤ - محمد علي عروة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٩٠ - وسنعود إلى هذه المسألة (أنظر مايل فقرة ١٨٥) .

ب - وفي فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشتري ، إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وبشمن واحد ، وجب التمييز بين حالتين : (١) أن تتوافر في هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ، وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يطلب أخذ العقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات ، ولأن الصفقة واحدة فلا يجوز تفريقها على المشتري. ومما يؤكد وحدة الصفقة أن تكون العقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض (١) ، أو إذا كانت منفصلة أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (٢) . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على بعض

= وكما يتعدد المشترون على الشيوع ، قد يتعدد البائعون على الشيوع فيبيعون عقاراً شاماً بينهم لمشتري واحد ، فتعتبر الصفقة في هذه الحالة صفقة واحدة ولا يجوز تفريقها . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائعة وحدها ، بل يجب أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه (استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٦ - محمد كامل برسي ٣ فقرة ٢٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد ، وكانت منفصلة بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها دون العقارات الأخرى التي لا يستتبع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة . أما إذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله أن يكون المبيع عقاراً واحداً أو عقارات متعددة متصلة أي متلاصقة ، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩ ص ٥٢ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مخطط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦) .

ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد مبنى خصص ليكون مدرسة ، وعلى بعد منه قطعة أرض قضاء منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة . ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لطريقة استغلال واحدة أراض زراعية منفصلة بعضها عن بعض ، ولكن خصصت كلها لزراعة القصب لتوريده إلى مصنع للسكر (أنظر محمد كامل برسي ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦) . وعلى كل حال يجب ترك البت في أن الصفقة واحدة أو متعددة لتقدير قاضي الموضوع ، فيقتضي في ذلك بناء على أسباب سائغة ، مستهدياً بالظروف الخاصة بكل صفقة وبما يحيطها من ملابسات .

العقارات دون بعض ، فلا بد أن يكون ذلك بموافقة المشتري ، فهو وحده الحكم فيما إذا كان تفريق الصفقة يضر به أو أنه يرضاه ليتمكن بذلك من أن يستبقى بعض العقارات لقيام مصلحة له في ذلك . (٢) أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر ، وفي هذه الحالة يبدأ الشفيع بأن يطلب الأخذ بالشفعة في العقار أو العقارات التي تتوافر فيها الشروط (١) . ولما كان قد حدد في الغالب ثمن واحد لجميع العقارات ، فإن قيمة العقارات التي يطلب الشفيع أخذها بالشفعة تقدر بواسطة خبر بنسبة من هذا الثمن الواحد تنفق مع مساحة هذه العقارات وصقعها بالنسبة إلى باقي العقارات (٢) . ولكن يجوز للمشتري ، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به ، أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات ، ما توافرت فيه شروط الشفعة وما لم تتوافر ، وذلك حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط ، أو أن يتركها جميعا حتى ما توافرت فيه الشروط . وقد جرى القضاء على هذا المبدأ في أحكام متعددة (٣)

(١) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .

(٢) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ (إذا كانت الأرض المشفوع فيها قد بيعت صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، وعرض الشفيع نسبة من الثمن الإجمالي الوارد في عقد البيع ، وجب على المحكمة أن تعين خيرا لتقدير قيمة القطعة المشفوع فيها ، وإذا رأت المحكمة لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحتة) - استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٥٠ م ١٢ ص ٦٢ - ٢١ يناير سنة ١٩٥١ م ١٣ ص ٣٠٩ (إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة وأنقص ثمن القطعة الأخرى غير الخاضعة لحق الشفعة من غير أن يزداد ثمن البيع الإجمالي ، وذلك بقصد منع استعمال حق الشفعة ، فإن للقاضي أن يعين الثمن الحقيقي للقطعة الخاضعة لحق الشفعة) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ م ١٤ ص ٣٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٤ .

(٣) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ (عدم جواز تجزئة الصفقة ليس معناه أن يكون للشفيع حق الشفعة في جميع الصفقة بما فيها العقار الذي لا شفعة له فيه أصلا ، وإنما معنى ذلك أن المشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك إذا شاء ، وإلا كان حق الشفيع مقصوراً على العقار الذي له حق الشفعة فيه وحده) - استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ - طنطا الكلية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ م ١٨ ص ١٨٦ .

على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم ، فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه :

١٠ - لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى (السابق) . وهو يفرض أن المشتري قد اشترى ، صفقة واحدة وبشمن واحد ، العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . ففي هذه الحالة لا يجوز للشفع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا العقارات جميعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص في حالتين : (١) إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحدا من المتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها . ولكن يجوز للمتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع

- وإذا عرض المشتري أن يأخذ الشفع ببقية العقارات التى لم تتوافر فيها شروط الشفعة فأجابه الشفع إلى ذلك ، كان أخذ الشفع لهذه البقية صفقة مستقلة تقوم على التراضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى للشفع بأحقية في أخذ جزء من الأطنان المبيعة بالشفعة ، كما قضى بأحقية أيضا في أخذ باقى الشفعة وذلك قبولا لما رددته المشتري في دفاعه أمام محكمة الموضوع من تضرر لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استغلالها ، واستجابة لما أظهره الشفع من اعتماد لأخذ هذا الباقي رضا للضرر عن المشتري ، فإن التكيف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفع لباقى الصفقة ، إذ ثبت من جهة حقه في أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى إصابة المشتري بأضرار من تخلف الجزء الباقي في يده . ففى كان الحكم قد أثبت قيام الأسس التى بنى عليها هذا التراضى ، فإنه لا يكون قد أخطأ إذا عمل أثره وقضى للشفع بأخذ باقى الصفقة رضا للضرر الذى شكاه منه المشتري . ولا يغير من ذلك أن يكون المشتري قد اعترض أمام محكمة الموضوع على ما أبداه الشفع من أخذ باقى الأطنان بأنه طلب جديد للشفعة لم تتوافر شروطه ومواعيده (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤) .

فيه . (ب) إذا كان ملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الحزاء من حق المنفعة الذى يقابل ما ملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه . وقد اجتاز هذا النص مراحل التشريعية ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة لوحظ أن الحكم الوارد في الفقرة الأولى يخالف ما جرى عليه العمل ، وبعد مناقشة انقسمت اللجنة إلى رأيين ، الأول يذهب إلى جواز تجزئة الصفقة والأخذ بالشفعة في العقار الذى توافرت فيه شروطها ، والثاني يذهب إلى عدم جواز الشفعة إلا في الصفقة كلها . وانتهت اللجنة إلى حذف المادة ، وترك حكمها لاجتهاد القضاء^(١) . ويتبين مما قدمناه أن النص الذى كان واردا في المشروع التمهيدى ، والذى كان يقضى بعدم جواز الشفعة أصلا ، سواء في العقارات التى لا تتوافر فيها شروط الشفعة أو العقارات التى تتوافر فيها هذه الشروط ، يخالف ما جرى به العمل ، ولم يقدر له أن يكون تشريعا ، بل ترك الأمر لاجتهاد القضاء . لذلك لا يجوز الأخذ بحكم هذا النص^(٢) . لا سيما بعد أن بدأ أن الميل متجه إلى العمل بما سار عليه القضاء . وقد قدمنا أن رأى الذى نقول به - وهو جواز الأخذ بالشفعة في العقارات التى توافرت فيها شروطها وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه فيتحم عندئذ أن يأخذ الشفع جميع العقارات - هو الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء في هذه المسألة . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بما قيل من أن الشركات العقارية تتضرر منه إذا اشترت شركة منها حصة

(١) أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٢ في الهامش .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٣٨١ - شفيق شحاتة

فقرة ٢٦٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك والأخذ بحكم هذا النص محمد

عل مرفقة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ - ص ٣٩٤ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٩ - إسماعيل

غانم ص ٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧ - منصور مصطفى

منصور فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ .

عقارات بقصد تقسيمها ، وتصادف أن كان منها عقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة فيحبط الشفع مشروع الشركة (١) ، ذلك بأن الشفع في هذه الحالة لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا العقار الذي توافرت فيه شروطها دون غيره من العقارات ، ويسلم للشركة بعد ذلك ما بقي من العقارات فتمكن من القيام بمشروعها (٢) . وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد ، ولكن في صفقات متعددة ، كان كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة ، لأن الصفقات متعددة ومبدأ عدم التجزئة لا يسرى إلا في حالة وحدة الصفقة . وعلى ذلك يجوز للشفيع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي توافرت فيها شروطها ، ولا يعترض عليه في ذلك أنه يجزئ الصفقة لأن الصفقات كانت متعددة من مبدأ الأمر ، وهو لا يأخذ بالشفعة إلا في صفقة واحدة لم يجزئها . ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي لم تتوافر فيها الشروط إذ أن الحق في الأخذ بالشفعة في هذه العقارات منعدم ، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر الشفع على الأخذ بالشفعة في هذه العقارات لأنه لا يستطيع أن يستند في ذلك إلى مبدأ عدم التجزئة فهو غير منطبق لتعدد الصفقات (٣) .

ويقرب ما قررناه ، فيما تقدم ، من أحكام الفقه الإسلامي . فعند أبي حنيفة ومالك والشافعي أنه إذا تعدد المبيع : أن اشترى شخص دارين بعقد واحد ، وتوافر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعا بالشفعة ، وليس له أخذ أحدهما وترك الأخرى لما في ذلك من تفريق الصفقة على المشتري . أما إذا تعدد العقد ، أو كانت

(١) أنظر في هذا الاعتراض محمد علي عروة ٢ فقره ٢١٨ ص ٣٩٣ - وانظر أيضا في هذا الاعتراض مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ في الغامش .

(٢) ويحسن في هذا الفرض ترك الأمر لتقدير القاضي ، فإذا رأى أن الأخذ بالشفعة للعقار الذي توافرت فيه الشروط من شأنه أن يعطل مشروعا اقتصاديا كبير النفع ، فله أن يرفض طلب الشفع .

(٣) أنظر في هذا المعنى نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض د رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ .

شروط الشفعة لا تتوافر إلا في إحدى الدارين ، كان للشفيع في الحالة الأولى أخذ أحد الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد : وكان له في الحالة الثانية أخذ الدار التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى لأنه لا يشفع إلا فيها .

هذا ونحن فيما قدمناه إنما نقف عند المسائل الرئيسية لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة ، دون الخوض في التفاصيل التي تبينت فيها الآراء واحتدمت في شأنها المناقشات (١) ، وهي تفاصيل يحسن تركها لاجتهاد القضاء كما قررت لجنة مجلس الشيوخ ، فيستهدى القضاء في كل حالة بالظروف الخاصة بها وبما يحيطها من ملائسات .

١٧٠ - لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع : كان التقنين المدني السابق

يجيز الشفعة في البيع وفي المقايضة ، فكانت المادة ٧٠ / ٩٦ منه تنص على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة . ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والثمن لا يوجد إلا في البيع ، ولو أخذ في المقايضة لتعين أن يأخذ العقار بقيمته إذ لا ثمن في المقايضة ، ولتعين إجبار المالك على تقاضي قيمة العقار الذي قايس به بدلا من العين التي قايس عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات ، لذلك كان من المناسب ألا تجوز الشفعة في المقايضة ، وألا تجوز إلا في البيع . وهذا ما حققه قانون الشفعة السابق ، إذ نص في المادة ٥ منه على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » . وقد سار التقنين المدني الجديد على هذا النهج ، إذ تعرف المادة ٩٣٥ مدني ، كما رأينا ، الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري . . . » ثم إن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع .

فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه ، حتى يجوز الأخذ بالشفعة . وعقد البيع تصرف قانوني صادر

(١) أنظر ما دار من مناقشات طويلة في هذا الشأن في لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلستي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٦ - ص ٣٥٠ في الماش .

من الجانبين وناقل للملكية بعوض . فاذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني ، كالميراث والالتصاق والتتادم ، فلا شفعة . ولا شفعة أيضا إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية . وحتى لو كان التصرف القانوني صادرا من الجانبين ، أى كان عقدا ، فلا بد أن يكون عقد معاوضة ، فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة^(١) ، حتى لو كانت بعوض مادامت هبة حقيقية^(٢) . فاذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م • ص ٢٤٧ .

(٢) وذلك لأن الواهب إنما وهب ، ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوافر في الشفيع • فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ، ولو بقيت العقار الموهوب .

كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع ، كيحصول بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨) . ولاشفعة في بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلها المشتري ، قساهلت الحكومة في الثمن تساهلا كبيرا (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة • رقم ٤٣٢ ص ٥١٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩) . وقد قضى في هذا المعنى بأن البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصغار المزارعين ، إذا توافرت في طالب الشراء شروط معينة منها قيامه بإصلاح الأرض المنصرف له فيها أو استجاره لها مدة طويلة ، وبقصد توفير أسباب العيش لصغار المزارعين ، هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع ، وقد روعي في تقدير الثمن فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري ، وقصد به تحقيق مصالح عليا اجتماعية وسياسية ، ومن ثم يقتضى القضاء بالشفعة في مثل هذا البيع مع طبيعة العقد ، ويكون فيه تفويت للأغراض المقصودة من البيع (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٥ ص ٥٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٢١ - ٣٢٢ - حسن كيرة ص ١٥ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦١ ص ٤٤٩) . وقضى أيضا في هذا المعنى بالألا شفعة فيما تنزل عنه الحكومة من أملاكها الخاصة لموظفيها السابقين ، بدلا عما يستحقونه من المعاش (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ - أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٦) . وقريب من هذا ما تعهدت به الحكومة ، نتيجة لتدخلها طبقا لم سوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ لصيانة الثروة الزراعية ، من رد الأراضي التي رسا مزادها عليها لأصحابها . فقد أوجبت الحكومة على نفسها ، طبقا لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، أن ترد لكل مالك ملكه بمجرد طلبه ذلك في مدى خمس سنوات ، في مقابل رد الثمن الذي رسا به مزاد الأرض . وقد قضت محكمة النقض بأن رد الأرض إلى صاحبها بموجب القرار

ستار الهبة ، وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة (١) . ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور في العقد ، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي لإحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعوض ، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد (٢) . وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذي يستر الهبة ، كما هو الغالب ، لم يحز الأخذ فيه بالشفعة ، ويحتاج على الشفيع بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير في الصورية كما سيجيء ، وعلى ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع (٣) . وقد يتحايل البائع والمشتري لمنع الأخذ بالشفعة ، فيهب

= سالف الذكر لا يعتبر بيعا تجوز فيه الشفعة، ويمكن اعتبار صاحب الأرض مالكا لم يتجرد عن ملكيته منذ نزعته منه إلى يوم أن استردها من الحكومة إذ هو في حكم البائع للقدر الذي رسا مزاده على الحكومة ، واسترداده للأرض يكون بمثابة تقايل من هذا البيع وفسخ له ، ولا يبر بيعا جديداً تجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦) أما إذا تنازل صاحب الأرض عن حقه في استرداده لأرضه إلى شخص آخر ، وقبلت الحكومة هذا التنازل وتصرفت بمقتضاه في الأرض للتنازل إليه ، فإن هذا التصرف الذي من شأنه أن يحدث للتنازل إليه ملكية لم تكن له من قبل يكون بيعا ، وتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١) - أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٣ - محمد علي عروة ٢ فقرة ٢٦٥ .

(١) والشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ، وتدخل في ذلك القرائن ، أن حقيقة الهبة أنها بيع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - علي زكي المرابي ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٥ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تصح الشفعة في العين الموهوبة ، ولو وصفت في العقد بالبيع (استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بثمان زهيد ، وحيث لا يصح استعمال حق الشفعة لأنه لا يترتب على الهبة (مصر استئناف ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) - وأنظر استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٣ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ . وليس ضروريا ، في الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا تجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ في ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشتري فإن هذه العلاقة لا يتحم معها أن يكون البيع هبة مستترة . ولا نقلة الثمن المذكور في =

البائع للمشتري جزءاً صغيراً مقتطعا من الأرض المبيعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الحوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفع بأنه لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة لعدم تحقق الحوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع . وفي هذه الحالة يجوز للشفع أن يثبت : بجميع طرق الإثبات ، أن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة . فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة : بالثمن المسمى في عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على اعتبار أن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى في عقد البيع (١) .

فاذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية (٢) ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا

=العقد فقد يكون القصد من ذلك التخفيف من مصروفات التسجيل (استئناف وطني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ انجموعة الرسبة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - مصر استئنافي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٤) .

وقد نصت المادة ٢٤٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشتري أو بوجه الموهوب له بعوض . وفي الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة ممرضا لأسباب البطلان والإبطال والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها - لا تسع دعوى الشفعة في المقايضة العقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الإخوة والأخوات » .

(١) على زكي العراقي فقرة ١٤ ص ١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣٠ - هذا وإذا كان لا يجوز في الهبة الأخذ بالشفعة ، فإنه يجوز لمن يملك العقار المشفوع به بعقد هبة من المالك الذي باع بعد ذلك عقاراً آخر أن يأخذ هذا العقار الآخر بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن العقار المشفوع به موهوب له من نفس المالك البائع ، وذلك ما لم يشترط هذا الأخير على الموهوب له التزول عن حقه في الأخذ بالشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٧) .

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد القسمة ، لأن القسمة كاشفة عن الملكية لا نافلة لها (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧-٨ مايو سنة ١٨٩ م ٢ ص ٤٠٩) . وهذا هو أيضا الحكم في الفقة الإسلامية ، فقد جاء في المادة ١١٤ من مرشد الجيران : « لا تجرى الشفعة في القسمة ، فإذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفعيا فيها » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ١٦٤) : « إذا اقسم الشركاء العقار ، فلا شفعة لجارهم بالقسمة . سواء كانت القسمة بفضاء القاضي أو بغير قضائه » .

كان عقد بيع (١) . فالمقايضة ، ولو كانت بمعدل ، لا يؤخذ فيها بالشفعة (٢) ، إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة . فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٣) . ولا يجوز الأخذ بالشفعة في الشركة ، إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا ، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاه الشفيع قيمته ، لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار (٤) . ولا تجوز الشفعة

= كذلك لا شفعة في الصلح ، لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ، ولأن الصلح يتناقى مع الشفعة فهو يستلزم من المتصلحين واجبات شخصية لا يمكن للشفيع القيام بها فيتعذر عليه أن يقوم مقام الشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات (استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ - نبي سويف الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ - استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٣) - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءاً من حقوقه على وجه التقابل حسماً للنزاع الحاصل بينهما ، فهذا العقد صلح طبقاً لنص القانون . ولا يصح اعتباره فيما لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بشمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن مستقرة لملكها بل كانت محل نزاع . والمبلغ المسمى في العقد لم يكن متابلاً لنقل الملكية المتنازع عليها ، بل كانت مقابلاً لحسم النزاع ، مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذي لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) .

(١) ولا يجوز الأخذ بالشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لأن نزع الملكية للمنفعة العامة ليس ببيع ، ولأن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٠ ص ٤٥٩ - إسماعيل غانم ص ٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٣ ص ٤٤٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ - ويجوز للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع ، لأنه ليس طرفاً في عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٣٨٧ ص ٩٥٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٧ ص ٤٤٤) .

(٤) أنظر في أسباب أخرى لعدم جواز الشفعة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٤ - وإذا اندمجت شركة في أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات ، جاز أخذها بالشفعة (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥) . وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى ، كان البيع واقفاً على أسهم ، وهي منقولة فلا شفعة .

في الوفاء بمقابل ، إذا أعطى المدين للدائن عقارا في مقابل الدين ، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين ، وقد لا يرضى الدائن إلا بالمقار ذاته في مقابل الوفاء بهذا الدين ، وهذا هو أيضا الحكم في الفقه الإسلامي (١) .

فإذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد بيع ، جاز الأخذ فيه بالشفعة . ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل ، لأن هذا العقد لا وجود له حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة . كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الصوري لأنه عقد لا وجود له كالعقد الباطل ، وقد قدمنا أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع لأن البيع الذي يستر الهبة إنما هو عقد بيع صوري . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الشفيع يعتبر من الغير في الصورية فله أن يأخذ بالعقد الظاهر دون العقد المستتر إذا كان حسن النية ، أى يأخذ بعقد البيع الصوري وهو العقد الظاهر فيجوز له على هذا الأساس أن يأخذ بالشفعة . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن الشفيع ، في رأينا ، لا يعتبر من الغير في الصورية (٢) . وعلى ذلك إذا باع المالك عقاره بيعا صوريا

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد سبق أن كتبنا في الجزء الثاني من الوسيط ، في صدد تحديد الغير في الصورية بأنه هو الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية والخلف الخاص لأى من هذين المتعاقدين ، ما يأتي : « ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يغاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتب من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدى وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدى من المشتري والدائن الذى ارتب من المشتري الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى للتخفيف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقى إذا أثبت أى من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفيع كسب حقه بالشفعة وانشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصوري ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع (تالياً للعقد الصوري) » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩١) . والسبب في أن الشفيع كسب حقه بسبب يدخل فيه العقد الصوري =

لمشتر حرر معه ورقة ضد (contre-lettre) ، وأراد الشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة ، جاز الاحتجاج عليه بورقة الضد هذه وإن كان حسن النية ، وبأن البيع صوري لا وجود له فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة (١) . وعلى ذلك أيضا إذا ذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، فالذي يسرى على الشفيع هنا هو الثمن الحقيقي ، ولا يجوز له التمسك بالثمن الصوري المنخفض لأنه ليس من الغير (٢) .

= هو ، كما سبق أن بينا ، « أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشروع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩١ هامش ١) .

(١) مصر الكلية أول فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢١ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٢٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، على خلاف ما قدمناه ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعتد إلا كتأمين لضمان دين للمشتري على البائع ، حتى إذا دفع الدين فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض ، على خلاف ما قدمناه أيضا ، بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير ، فتي كان عقد البيع قد شهر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص ١٣٨٤ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠) .

(٢) ومع ذلك فقد جرى القضاء في مصر على عكس الرأي الذي نقول به . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي ، إذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من مقدار الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقضت محكمة النقض بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من الغير بالنسبة إلى طرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فتي كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل ثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين ، قد تقي بأدلة مسوقة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشفعة جائزة في الهبة المستترة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين =

فاذا كان عقد البيع غير باطل ولا صوري ، فهو بيع موجود ، ويجوز
كما قدمنا الأخذ فيه بالشفعة . ويعتبر بيعا موجودا ، ويجوز الأخذ فيه بالشفعة ،
البيع الابتدائي . ذلك أن البيع الذي يسمى عادة بالبيع الابتدائي هو بيع تام
بات ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب
الخفية ، يلتزم فيه المشتري بدفع الثمن وملحقاته . وإنما سمي بالبيع الابتدائي

= المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز
أن يحاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو علما بصورية العقد الظاهر أو
بوجود ورقة الضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١
ص ١٠٦٣) . وانظر أيضا في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤
رقم ١٦١ ص ٤٥٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ٢٥ مارس
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة
أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤ .

وبالرغم من استقرار القضاء كما نرى على أن الشفع يعتبر من الغير ، لا سيما هنا إلا أن
نلاحظ مرة أخرى أن الغير في الصورية إما أن يكون دائئا شخصا لأحد طرفي العقد الصوري ،
أو خلفا خاصا لأحد منهما . وظاهر أن الشفع ليس دائئا شخصا ، لا للبائع ولا للمشتري .
وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشتري تلقى منه حقا ، فهو إنما يتلقى ملكية المقار المشفوع فيه
من البائع لا من المشتري . وليس هو أخيرا خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصوري ، فهو
إنما حل محل المشتري وأصبح أحد طرفي البيع والبائع هو الطرف الآخر ، ولم يقل أحد
إن أحد طرفي العقد الصوري يكون من الغير فيه . ومثل الشفع وهو يستمد حقه من البيع
الصوري فلا يعتبر من الغير فيه كمثل المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان هذا الاشتراط
صوريا ، فلا يعتبر المنتفع من الغير لأنه يستمد حقه من الاشتراط الصوري ، ولا يجوز له
أن يتمسك بهذا الاشتراط على المتعهد بدعوى أنه من الغير وأنه حسن النية لا يعلم أن الاشتراط
صوري .

أما الفقه المصري فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء
ويقول إن الشفع يعتبر من طبقة الغير في الصورية فله أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان حسن
النية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٩ - اسماعيل غانم في أحكام
الالتزام فقرة ١١٤ ص ٢٣٧ وفي الحقوق العينية الأصلية ص ٨٨ - ص ٨٩ - حسن كيرة
ص ١٣ و ص ٢٠) . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن الشفع لا يعتبر من طبقة الغير في الصورية
(عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٦ - أحمد نشأت في رسالته في الإثبات فقرة ٤٤١
مكررة ب - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٠٦) - واكتفى بعض الفقهاء بعرض الخلاف
دون أن يتخذ موقفا فيه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٢٤٩) .

لأن الالتزامات المتقدم ذكرها لا يقصد المتعاقدان تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي المعد للتسجيل والذي اتفق المتعاقدان على إبرامه في ميعاد معين . والذي يدعو المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي يكون عادة اعتبارات عملية محضة ، فقد يريد المشتري بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار ، فإذا ما رآه خاليا من التكاليف أبرم العقد النهائي ، وإلا فسخ العقد الابتدائي . وقد يريد المشتري أن يتسرع له الوقت لتدبير الثمن ، فيكتفي عادة بدفع عربون حتى إذا ما دبر باقي الثمن أبرم العقد النهائي . ولكن الغالب أن الذي يدعو إلى إبرام العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي هو أن تسجيل البيع يقتضي إجراءات تستغرق مدة طويلة ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فيبرما العقد النهائي . فالبيع الابتدائي إذن هو بيع تام ملزم للطرفين ، وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتزاماته جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك^(١) . ولما كان البيع الابتدائي ينشئ على هذا النحو كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه كما

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذا بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحريرها الأوضاع التي يطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حرر عقد ابتدائي يبيع نصيب القصر في أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذا إلا بعد موافقة المجلس الحسبي عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية في بيع هذه الأرض بالشروط الواردة في العقد الابتدائي إلا فيما يتعلق بالثمن فقد رفعه إلى الحد الذي وصلت إليه المزايدة التي أمر باجرائها تمهيدا لإقرار البيع ودرست على نفس المشتري بالعقد الابتدائي ، فإن هذا القرار لا يعتبر ملغيا لهذا العقد ، وإنما هو مؤيد ومتم له . وإذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة في الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد ، بمقولة إنها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بعدم إقرار المجلس الحسبي إياه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٢٨) . وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨١ ص ٥٤٠ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - وانظر في المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤١ - فقرة ٤٣ .

قلعنا وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار يباعا ابتدائيا وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور العقد الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (١) . وإذا أبرم البيع النهائي فسخ البيع الابتدائي ، ولكن إذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائما وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . ويبدو أن الشفيع ، إذا فاتته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، يجوز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي في مواعيد هذا البيع وبشروطه . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي إلا إذا اختلفت شروطه عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا انقضى الثمن (٢) . وقد يقترن البيع الابتدائي بعربون ، ودفع العربون وقت إبرام العقد الابتدائي يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك (م ١/١٠٣ مدني) . فاذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد فلم يعد

(١) نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٣ ص ٥٦٦ - استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٢٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٤٢ - الوسيط ٤ فقرة ٤٢ ص ٨٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٣ .

وإذا حرر عقد ابتدائي ببيع عقار ذكرت فيه أسماء جميع الورثة كبائعين، ولم يوقع العقد إلا بعض الورثة، فالبيع يعتبر قد تم بالنسبة إلى من وقع منهم ، ويجوز لمن لم يوقع أن يأخذ في هذا البيع بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل ، إلا أن كل وارث لا يبيع فيه أكثر من حصته التي يملكها . فاذا أمضى العقد أصبح مرتبطا قبل المشتري عن هذه الحصة ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقي الشركاء عن البيع والمشتري أن يطالبه دائما بتنفيذ البيع في حصته . وإقرار البائعين في العقد بتضامنهم ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقي الورثة حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة ونفاذ البيع في حصته ثم في حصص الآخرين أيضا (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٥ ص ٥٨٠) - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٤٣ ص ٨٥ - ص ٨٦ .

لأحد منهما حق العدول عنه ، كان العقد الابتدائي باتا ملزما على الوجه الذى تقدم ذكره ، وجاز الأخذ فيه بالشفعة على النحو الذى أسلفناه. أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد ، كانت دلالة العربون هي أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق فى العدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر . وقد اختلف فى تكييف العربون فى الفقه الفرنسى ، فبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العربون ، وبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط واقف فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه . وقد سبق أن كيفنا العربون بأنه مقابل للرجوع فى البيع ، فيكون هو البديل فى التزام بدلى ، ويكون المدين ، بائعا كان أو مشتريا ، ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون^(١) . وسواء كيف العربون بأنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف ، أو كيف بأنه بدل فى التزام بدلى ، فى جميع الأحوال لا يمنع العربون عقد البيع من أن يوجد ، وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه . وما دام البيع موجودا فإنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائي اقترن بالعربون أو لم يقترن^(٢) .

وجوز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال . فى البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة ، وتسرى من وقت إبرام العقد . فإذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها ، حل محل المشتري فى البيع المعلق على شرط فاسخ ،

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٦ .

(٢) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - عكس ذلك استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ (عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا أصبح البيع بالعربون باتا ولم يعدل عنه أحد طرفيه) - عكس ذلك أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٦٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٠ ص ٤٤٨ .

فاذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعى كما كان يزول بالنسبة إلى المشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة^(١) . أما إذا فوت الشفع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد كما قدمنا ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تخلف الشرط القاسخ وأصبح البيع باتا أن يأخذ بالشفعة في مواعيد جديدة بحسبها من وقت تخلف الشرط . وفي البيع المعلق على شرط واقف يكون البيع غير نافذ ، ولكنه يكون موجودا ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة^(٢) كما قدمنا ، وتحسب مواعيد الشفعة في الشرط الواقف ، كما

(١) وقد كان هذا هو حكم الشفعة في بيع الوفاء عند ما كان هذا البيع جائزا ، وهو بيع معلق على شرط قاسخ . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع وفاء بالشفعة ، فإذا استرد البائع المبيع زال البيع بأثر رجعى ، ووجب على الشفع رده للبائع وفاء ويسترد منه مادفعه عند الأخذ بالشفعة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٤ رقم ١٥ ص ٣٣ - استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ - كوم حمادة ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٦٣ ص ٩٢٦ . محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في بيع الوفاء إلا عندما يصبح باتا استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٨ - طنطا الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان الأخذ بالشفعة يجوز في البيع المعلق على شرط قاسخ ، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف لأنه بيع غير نافذ ، ولأن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا (انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١) . ولوصح أن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا ، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط قاسخ ، لأن ملكية العقار في هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقالا باتا قاطعا إذ أن البيع يزول بأثر رجعى بتحقيق الشرط القاسخ .

وقد قضت محكمة النقض بجواز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف ، إذ قضت بأن الحكم الذي يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائي المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبي ، وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبي على بيع نصيب القاصر ، يكون خاطئا (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٢٣ ص ١١٧) - وانظر أيضا نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥ - وهذا هو الرأي السائد في الفقه المصري : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٥ ص ٣٠٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٥ ص ٤٦١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤١ ص ٣٣٣ - إسماعيل غانم ص ٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٠ - ص ٤٥١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٣٣٣ .

نحسب في الشرط الفاسخ ، من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط .
 فاذا أخذ الشفع بالشفعة في هذه المواعيد ، حل محل المشتري في البيع المعلق
 على شرط واقف . فاذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة ،
 وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي كذلك كما كان يزول بالنسبة إلى
 المشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة وزالت معه الشفعة . أما إذا فوت الشفع
 مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام البيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ،
 ولم يجر له إذا تحقق الشرط الوقت ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة في مواعيد
 يحسبها من وقت تحقق الشرط (١) .

وإذا تقابل المتبايعان قبل طلب الشفعة ، فاذا قلنا مع محكمة النقض إن
 التقابل هو فسخ للبيع القائم لا إنشاء لبيع جديد ، انبنى على ذلك أن البيع يزول
 بالتقابل (ويسمى أيضا بالتفاسخ) ، ويكون زواله بأثر رجعي فيعتبر كأن لم
 يكن . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد التقابل ،
 لأن البيع الذي يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة ،
 وشرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها وأن يتي
 قائما عند طلبها (٢) . ولكن التقابل لا يكون حتماً فسخاً للبيع القائم ، بل الأمر

(١) والبيع المشروط فيه عدم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بعد دفع جميع أقساط الثمن
 تجوز فيه الشفعة ، سواء اعتبرنا الشرط فاسخاً أو واقفاً ، لا سيما إذا لوحظ أن الشفع
 لا يستفيد من التقسيط الممنوح للمشتري بل يجب عليه إيداع كل الثمن ، فيحل محل المشتري
 في بيع تخلف فيه الشرط الفاسخ أو تحقق فيه الشرط الواقف . أنظر استئناف مختلط ٢ يونيو
 سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - وأنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز استئناف مختلط أول
 فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٦ - استئناف وطني ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١
 ص ٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٨ .

وقد يعلق البائع البيع على شرط عدم استعمال الشفع للشفعة ، فاذا استعملها انفسخ البيع ،
 قاصداً بذلك إسقاط الشفعة إذا استعملت . وهذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، إذ هو يعطل
 بإرادة المتبايعين حقا قرره القانون للشفع . ولما كان الشرط فاسخاً ، فإنه يبطل ويبقى البيع
 صحيحاً لا شرط فيه (م ١/٢٦٦ مدني) وتجوز فيه الشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التقابل من البيع لا يعتبر بيعاً جديداً يتولد عنه للشفع حق
 الشفعة ، لأن التقابل أو التراد في البيع هو فسخ له يترضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ،
 ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له ، مما لا يكون
 معه أساس لطلب الشفعة . وإذن فتي كان التقابل قد حصل قبل طلب الشفعة ، فإنه يعدم أثر البيع

يتوقف على قصد المتقابلين . فقد يقصدان إلغاء العقد القائم بعقد جديد يزيله
عن أثر رجعي ، فيكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري يعقبه
عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع ، بل إن هذا في نظرنا هو الأصل في
التقابل (١) . وفي هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الأول
لأنه زال بالتقابل ، ولكنه يستطيع طلبها في البيع الثاني وهو البيع الذي يتضمنه
التقابل ذاته ، وطبقا لمواعيد هذا البيع الثاني (٢) . وإذا طلب الشفيع الشفعة
في مواعييدها في البيع القائم قبل التقابل منه ، ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقابل
حتمه ، سواء اعتبر التقابل فسخا للبيع القائم أو بيعا جديدا (٣) . فان كان فسخا
لم تسقط الشفعة ، لأن الفسخ هنا يكون تفاسخا بالتراضي بين المتبايعين ولا يملك

= الأول ، ولا يبقى محل لطلب الشفعة (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام
النقض ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١) . وانظر أيضا نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥
رقم ٧٤ ص ١٦١ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦ - ١٦ مايو
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - وانظر على زكي المزابي ص ١٦ وما بعدها -
شفيع شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ -
عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٤ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٢٢ .
(١) الوسيط ١ فقرة ٤٥٩ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٢٠ ص ٢١٢ - عبد المنعم
فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر المادة ٩٣٨ مدني وسيجي . ذكرهما (أنظر مايل فقرة ١٧٢) . وقد يقال
كيف يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني وهو صادر لنفس المالك القديم ، فلم يتغير على الشفيع
المالك بل عاد كل شيء إلى أصله كما كان قبل البيع الأول . ويمكن الرد على هذا الاعتراض
بأنه من المحتمل أن يكون الشفيع إنما يتضرر من هذا المالك القديم بالذات ، ولم يكن له بل من
اجتهاله قبل أن يفتح له باب الشفعة . فلما صدر البيع من هذا المالك القديم وتغير المالك ، رحب
الشفيع بالمالك القديم ولم يأخذ منه بالشفعة . ثم لما تقابل المتبايعان وعاد المالك إلى المالك القديم
الذي كان الشفيع يتضرر منه ، لم يلبث الشفيع أن طلب الشفعة بعد أن انفتح بابها أمامه .
كذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للمقار المبيع ، ثم خرج من ملكه
كان باعه مثلا لشخص ثم باعه هذا الشخص لشخص آخر ، فيأخذ البائع الأول المقار بالشفعة
إذا توافرت شروطها (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - محمد كامل
مرسي فقرة ٢٤٦) .

(٣) المياط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ الحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ .

هذان إسقاط الشفعة بتراضيهما^(١) . وإن كان يباع جديدا أعقب البيع الأول ، فإن الشفيع قد طلب الشفعة في البيع الأول فلا يسقط حقه بالبيع الثاني ، وإنما يسقط هذا الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثاني فيتعين عليه في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني لا في البيع الأول (م ٩٣٨ مدني ومسيجيء ذكرها^(٢)) . وهذا لا يمنع الشفيع ، إذا كان قد طلب الشفعة في البيع الأول قبل التقايل منه ، أن يتزل عن هذا الطلب ويطلب الشفعة في البيع الثاني^(٣) .

ويجوز الأخذ بالشفعة حتى في البيع القابل للإبطال ، فالبيع الباطل هو الذي لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، أما البيع القابل للإبطال فيبيع موجود نافذ ، ولا يزول إلا إذا حكم بإبطاله . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفي البيع الذي شابه غلط أو تدليس أو إكراه ، في المواعيد المقررة وتسرى منذ إبرام البيع القابل للإبطال . فيحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع ، ويكون مثله معرضا للمطالبة بإبطال البيع من البائع . فإذا أجاز البائع البيع زال سبب الإبطال ، وانقلب البيع صحيحا بأثر رجعي ، وأصبحت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ملكية بآنة نهائية . أما إذا طلب البائع إبطال البيع وحكم له بذلك ، فإن البيع يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول ملكية الشفيع عن العقار وتعود إلى البائع ، كما كان يقع للمشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة . وإذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة التي تحسب منذ إبرام البيع القابل للإبطال كما قدمنا ، ثم أجاز البائع البيع

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ (ويذهب إلى أنه يجب رفع دعوى الشفعة قبل التقايل حتى لا يسقط التقايل الحق في الشفعة) . أما إذا لم يكن الفسخ بالتراضي أي بالتقايل ، بل كان فسحا بحكم القضاء ، بأن أخل المشتري مثلا بالتزاماته فحكم للبائع بالفسخ ، فإن الفسخ هنا بماله من أثر رجعي يجعل البيع كأن لم يكن ، ويعتبر البيع غير موجود منذ البداية ، فتسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع . وهنا لم يكن الفسخ بتراضي المتبايعين حتى يقال ، كما قيل في التقايل ، إن المتبايعين لا يملكان بتراضيهما إسقاط حق الشفيع (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ ص ٢٧٤) .

(٢) أنظر مايل فقرة ١٧٢ .

(٣) وكذلك لو سقط طلبه الشفعة في البيع الأول ، جاز له أن يطلبها في البيع الثاني (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٠ ص ٢١٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٠٥ ص ٤٥٢) .

فانقلب بيعا صحيحا ، لم يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ولم تفتح له مواعيد يبدأ صرياتها منذ إجازة البيع^(١) .

ويخلص مما تقدم أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع^(٢) . فأى سبب آخر لكسب

(١) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المحلقة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ - على زكى العرابي
فقرة ١٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣١٢ - محمد على عرق ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٤٥٠ .
وقريب من البيع القابل للإبطال البيع غير النافذ في حق المالك ، ويجوز الأخذ بالشفعة فيه .
فإذا كان البيع صادرا من وكيل عزله المالك بكتاب سجل سابق على البيع ، جاز للمحكمة أن
تقضى للشفيع بالشفعة في هذا البيع ، فإذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية العقار المشفوع
فيه (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) . كذلك تجوز
الشفعة في بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة
أخرى . فإذا أخذ الشفيع فيه بالشفعة ، وأجاز المالك الحقيقي البيع ، استقرت ملكية الشفيع في
العقار المشفوع فيه ، لأن البيع بإجازة المالك الحقيقي ينقلب صحيحا نافذا . ويلاحظ أن
قابلية بيع ملك الغير للإبطال قد تقررت لمصلحة المشتري ، فإن أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل
المشتري ، لم يجوز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري ، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون
قد أجاز البيع .

(٢) وبالشروط الواردة فيه دون أى تحوير فيها ، فلا يجوز للشفيع أن ينقذ نفسه من
هذه الشروط ، كما لو اشترط البائع على المشتري أن يبنى في الأرض المبيعة منزلا للسكنى
لو أن يحافظ على مستوى الأرض الجبال (استئناف مخطوط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .
كما لا يجوز للشفيع أن يضيف شرطا ليس واردا في البيع ، كأن يشترط أن يكون العقار المبيع
لم ترفع دعوى استحقاق عنه أو عن جزء منه (استئناف مخطوط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧
ص ٢٢٤ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٤) .
وإذا كان الثمن في البيع لإيرادا مرتبا مدى حياة البائع ، ولم يكن ملحوظا في البيع
شخصية المشتري ، فيبدو أن الشفيع يستطيع الأخذ بالشفعة ويلتزم بدفع الإيراد للبائع مدى
حياته ، ولا يودع خزانة المحكمة بعد طلب الشفعة إلا ما يكون مستحقا من أقساط الإيراد .
ويجوز أن تطلب المحكمة من الشفيع كفالة تضمن دفع الإيراد ، كما يجوز للشفيع أن يدفع
لإحدى شركات التأمين رأس مال في مقابل أن تدفع الشركة للبائع أقساط الإيراد مدى حياته .
أنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إذا كان الثمن إيرادا مرتبا محمد كامل مرسى ٣ فقرة

٣٣٧ - فورجير ص ١٢٢ - ص ١٢٣ .

ولا يعتبر الأخذ بالشفعة بيعا يؤخذ فيه بالشفعة ، فإذا طلب الشفيع الشفعة ثم سقط حقه
فيها ، وطلب شفيع آخر نفس العقار بالشفعة وحكم له بها ، لم يجوز للشفيع الأول طلب
الشفعة مرة أخرى بدعوى أن الحكم بالشفعة للشفيع الثاني يعتبر بيعا يخوله حقا جديدا في الشفعة .
فالشفعة إذا تمت لشخص ، لم تجز الشفعة من هذا الشفيع (استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة
١٩٠١ م ١٤ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٥)

الملكية كالميراث والالتصاق والتفادى لا تجوز فيه الشفعة ، ولا تجوز في أى تصرف قانونى آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض والشركة والوفاء بمقابل والمقايضة ولو بمعدل . ويشترط في البيع ، حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، أن يكون موجودا ، فإذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصورى فلا شفعة . ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقي قائما إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها ، سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع النهائي وعقد البيع الابتدائى والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقابل فيه ، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف ، أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال .

ويقع على الشفيع عبء إثبات البيع ، وأن هذا البيع قد قام بعد أن توافر في الشفيع شروط الأخذ بالشفعة ، وبقي قائما إلى وقت طلبها^(١) . ولما كان البيع ، بالنسبة إلى الشفيع ، يعتبر واقعة مادية كما قدمنا وهو لم يكن طرفا فيه ، فإن للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، ولو زاد الثمن على عشرة جنهات كما هو الغالب^(٢) . ولكن الذى يقع في العمل أن الشفيع كثيرا ما يستغنى عن إثبات البيع ، إما بالإقرار الصادر من البائع أو المشتري في الإنذار الرسمى الصادر منه إلى الشفيع متضمنا بيان العقار المبيع والتمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري (م ٩٤١ مدنى) على

(١) وتنص المادة ١/١١٢٣ مدنى عراقى ، في هذا الصدد ، على أنه « لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع » . وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند تملك المشتري » .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ - ويجوز للشفيع ، في إثبات البيع في دعوى الشفعة ، أن يوجه اليمين الحاسمة . فإذا حلفها البائع أو المشتري ، لم يعد للشفيع طريق آخر آخر لإثبات البيع . وليس من الضروري أن يحلف اليمين كل من البائع والمشتري ، فإن أحدهما إذا حلفها انتفى البيع ، إذ لا بد لوجوده من أن يرضى به كل منهما (كفر الشيخ الكلية ٢٦ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٠ ص ٤٩٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ ص ٤٥٠) . ولا يكتفى نكول أحدهما عن حلف اليمين ، بل لا بد من نكول كليهما ، إذ الإقرار الذى يتضمنه النكول لا بد أن يصدر من طرفي البيع قاليع لا يتم إلا بتراضيهما .

ما سئرى ، أو بتسجيل البيع نفسه إذا لم يوجه للشفيع هذا الإنذار إذ يبقى حقه في الشفعة قائما حتى تنقضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م ٩٤٨ ب مدني) كما سيجيء .

١٧١ - جواز الرقعة بالشفعة في البيع غير المسجل : قبل صدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ كان البيع غير المسجل ينتقل الملكية إلى المشتري ، ولم يكن التسجيل لازما حيث لا للاحتجاج بالبيع على الغير . فلم يتم إذ ذاك خلاف فيما إذا كان يصح الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ، فقد كان هذا البيع يجعل المشتري مالكا فتجتمع فيه صفة المشتري وصفة المالك في وقت واحد . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار من المشتري قبل أن يسجل هذا عقده ، إذ أنه كان يأخذه من مشتري هو في الوقت ذاته مالك . ولما صدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، أصبح البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، ولا يترتب عليه إلا نشوء التزامات شخصية . فقام خلاف في أول الأمر فيما إذا كان البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد باعتباره بيعا - وليس فحسب لنقل الملكية - إلا إذا سجل . ولكن لما كان البيع غير المسجل يترتب عليه جميع التزامات البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية وجميع التزامات المشتري ومنها الالتزام بدفع الثمن ، ولما كان يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا في بيع غير مسجل عن طريق دعوى صحة التعاقد ، فإن هذا الخلاف لم يدم وقتا طويلا . ومالبث الرأي الذي يقول بأن البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ، يتم بالتراضي دون حاجة إلى التسجيل وينشئ جميع الالتزامات التي ينشئها البيع المسجل ، أن تغلب على الرأي الآخر الذي يقول بأن البيع قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل . واستقر الرأي الأول بعد مدة قصيرة في الفقه والقضاء ، ولم يعد أحد ينازع فيه منازعة جدية .

وكان قد تفرع عن الخلاف المتقدم الذكر خلاف آخر يتعلق بالشفعة ، فذهب بعض الفقهاء وبعض المحاكم إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا في البيع المسجل ، ليس فحسب لأن البيع أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما

يذهب إليه من يقولون بذلك ، بل أيضا لسبب خاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بقى عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل . ذلك بأن الشفيع ، في رأى من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل ، إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد المشتري إذا أصبح مالكا . فشرط الشفعة عندهم أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري لا يصبح جارا للشفيع أو شريكا معه في الشيوع فيتضرر الشفيع من جواره أو من شركته ، إلا إذا أصبح المشتري مالكا . فيجب إذن التريص بالشفعة حتى يتحقق الضرر الذى شرعت الشفعة لتفاديه ، أى حتى يصبح المشتري مالكا ، ولا يكون ذلك إلا بتسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة في بيع غير مسجل (١) .

ولكن هذا الخلاف أيضا لم يدم وقتا طويلا ، فان نصوص قانون الشفعة السابق ، وهو القانون الذى قام الخلاف في عهده ، صريحة في أن الشفعة تؤخذ من المشتري ، وهى لا تتكلم إلا عن البيع والبائع والمشتري . ولما كان البيع غير

(١) أنظر مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - وانظر في استعراض الحجج الأخرى للقاتلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٠ . ومن الأحكام التى أخذت بهذا الرأى : استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ - ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - مصر المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ٣٠٤ ص ٣٠٣ .

ومن أشد مؤيدى هذا الرأى الأستاذ محمد على عرفة . ونقطة الابتداء عنده أن شرط الشفعة الأساسى ، فيما يرى ، هو خروج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً . ولذلك يرى أن عقد البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيهما بالشفعة لأنهما لا ينقلان ملكية العقار المبيع فوراً إلى المشتري ، وكذلك يرى أن البيع غير المسجل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشتري (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٨ ص ٤٥٧) .

ولكن نصوص القانون لا تسمح بالقول إنه يشترط للأخذ بالشفعة خروج ملكية العقار المشفوع فيه إلى المشتري ، وكل ما تشترطه النصوص هو « بيع » العقار المشفوع فيه لا نقل ملكيته . وكل من البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف والبيع غير المسجل هو « بيع » وإن لم ينقل الملكية ، فيجوز إذن الأخذ فيه بالشفعة . والمقرر في مبادئ الشفعة أنه ، في حين أن العقار المشفوع به يجب أن يكون « مملوكا » للشفيع فإذا كان سند الشفيع في ملكية هذا العقار هو البيع وجب أن يكون مسجلا ، لا يشترط في العقار المشفوع فيه إلا أن يكون « مبيعا » فيكون مبيعا حتى لو كان البيع لم يسجل .

المسجل ، حتى بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، هو بيع كامل كما قدمنا ، فيجوز إذن الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ونصوص الشفعة في التقنين المدنى الجديد لا تقل صراحة في هذا الشأن عن نصوص قانون الشفعة السابق ، بل يتصدر هذه النصوص تبص يعرف الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري » (م ٩٣٥ مدنى) ، فالشفعة إذن جائزة في بيع العقار ، ولا يزال بيع العقار « بيعا » ولو لم يسجل . ثم إن الأخذ بالشفعة في بيع غير مسجل يؤدي إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها الأخذ بالشفعة في بيع مسجل ، وهى أن يملك الشفيع العقار المشفوع فيه . فالشفيع في البيع غير المسجل محل محل المشتري في حقوقه ، ومن هذه الحقوق الترام في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري . فيصبح البائع ملتزما نحو الشفيع ، بعد أن حل هذا محل المشتري ، بنقل ملكية العقار المبيع إليه . ويستطيع الشفيع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا ، كما كان يستطيع المشتري . بل إن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع ، إذا سجل - ويستطيع الشفيع أن يقوم بتسجيله - ينقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع . يضاف إلى ذلك أن التربص بالشفعة حتى يسجل البيع ، وقد يطول انتظار الشفيع حتى يتم هذا التسجيل ، من شأنه أن يجعل ملكية العقار مقلقلة غير مستقرة مدة غير قصيرة . بل إن المشتري قد يتعنت ، إذا هو أمن جانب البائع ولم ينخش منه التصرف في العقار مرة أخرى ، فيبقى البيع دون تسجيل إذ أن أمر التسجيل في يده ، فيعطل بذلك حق الشفيع المدة التي يريدتها (١) .

(٢) ومن الأحكام التي أخذت بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ص ٢١٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ص ٢٦٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ م ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ص ١٤٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ص ١٨٠ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ص ١٩٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ م ص ٧٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ص ١٧٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ص ٩١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ م ص ١١٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ص ١٣٩ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ص ١٩٠ - مصر الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ - أسبوط الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ - المنصورة الكلية ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ - مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

هذه الأسباب وغيرها (١) كانت من الوجاهة بحيث لم تجعل الخلاف يلبس طويلا كما قدمنا . وما لبث الفقه أن انحاز بحق إلى الرأي الذي يقول بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل (٢) ، ثم مالبت القضاء أيضا أن انحاز إلى هذا الرأي . فقضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المحكمة في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل ، لأن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ، ولأن التسجيل إنما شرع لصالح المشتري وهو يده فلا يمكن أن يؤثر التقصير في إجراء التسجيل أو التعمد في عدم التسجيل من جانب المشتري في حق ذوى الشأن قبله ، ولأنه إذا قيل بأن الشفع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا في حق الشفعة بتضييق مسقطاتها خلافا لنصوص القانون ولطبيعة حق الشفعة باعتباره حقا ضعيفا لا يصح التوسع فيه ، ولأدى ذلك إلى عدم استقرار الملكية في يد أربابها وهو ما أراد القانون تلافيه بالنص على مسقطات الشفعة وبمحصر المواعيد في إجراءاتها وفي طرق الطعن في الأحكام الصادرة فيها ، وأخيرا لأنه لا ضرر على المشتري من استعمال الشفع حقه في الشفعة قبل التسجيل لأن الشفع إنما يحل محله في البيع بشروطه ، وإنما الضرر في السماح للمشتري بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده (٣) . وقد تواترت الأحكام بعد ذلك بهذا المعنى ، واستقر القضاء على هذا المبدأ (٤) .

-
- (١) أنظر في استعراض الحجج الأخرى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٩ - وانظر في الرد عليها محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ .
- (٢) ورواد الفقه في هذا الرأي هم الأستاذ حامد فهمي في بحثه في مجلة المحاماة ٥ ص ٧٢٩ وما بعدها ، والأستاذ عبد السلام ذهني في كتابه في الأموال ص ٦٦٩ - ص ٧٠٨ ، والأستاذ صليب سامي في بحثه في مجلة المحاماة ٨ ص ٦٦٨ وما بعدها .
- (٣) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ .
- (٤) استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ - (٣٣)

وأكد استقرار القضاء أن محكمة النقض قررت نفس المبدأ في أحكام متوالية ، وأقرت محكمة استئناف مصر بدوائرها المختصة على قضائها . فقضت في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ بأنه من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذي يشفع فيه ، وأن الشفعة جائرة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل ، ولقد سبق للدوائر المختصة لمحكمة الاستئناف أن بحثت هذا الموضوع على ضوء النصوص الواردة في قانوني الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما في ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه إن حق الشفعة الذي ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقومات التي أقيم عليها^(١) . وقضت أيضا في ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ بأنه يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أي وقت انعقاد بيع العقار الذي يشفع فيه ، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا^(٢) . وقضت كذلك بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ^(٣) .

ولم يغير التقنين المدني الجديد في هذا الأمر شيئا ، فالجج التي استند إليها الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل في عهد قانون الشفعة

المحكمة ٢١ رقم ٤٢١ ص ١٠١٠ - المتصورة الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحامة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ - استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - وعلى المشتري الذي يدعى أن هناك عقد بيع غير مسجل يسبق عقد البيع الرسمي المسجل الذي أخذ فيه الشفيع بالشفعة ، وأنه كان من الواجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقد الأول غير المسجل ، أن يثبت وجود هذا العقد وأنه صدر في التاريخ المذكور فيه (استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٩) .

- (١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ .
- (٢) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .
- (٣) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ و ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٤ رقم ٥٢ و ٥١ و ٥٣ .

السابق لا تزال قائمة في عهد التقنين المدني الجديد . بل إن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد تريد هذا الأمر تأكيداً ، ففي محضر جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ من محاضر لجنة الأستاذ كامل صدقي أجمع أعضاء اللجنة إلا واحداً على عدم النص على اشتراط تسجيل البيع لجواز الأخذ بالشفعة ، وعلى الأخذ بما ذهب إليه قضاء محكمة النقض وسائر المحاكم من أن نقل الملكية والتسجيل ليسا ركناً من أركان البيع وإنما هما أثر من أثاره ، ولذلك لا يجوز جعل تسجيل البيع شرطاً لاستعمال حق الشفعة (١) .

والآن بعد أن استقر القضاء والفقه (٢) على جواز الشفعة في البيع غير المسجل للأسباب الوجيه التي قدمناها ، بقي أن نلاحظ ما يأتي :

(١) وقد ردد أعضاء اللجنة الحبيب التي تناق عادة للتدليل على صحة هذا الرأي . فقول مثلاً « إن المشتري بموجب عقد غير مسجل لا تنقصه صفة المشتري » ، وأضيف « أنه كثيراً ما يحدث أن ينقل المشتري تسجيل عقده ثقة منه في البائع لتأكيد من أن هذا الأخير لم يبيع العقار مرة ثانية لشخص آخر ، فن مثل هذه الحالة لا يجب أن يحول عدم تسجيل العقد دون استعمال حق الشفعة » . وقيل أيضاً « إن إلزام المشتري بتسجيل عقده معناه القضاء على حق الشفعة ، إذ أنه ... يمكن القول بأن البيع يولد التزاماً بنقل الملكية ، وهذا الالتزام كاف لتمكين صاحب حق الشفعة من استعمال حقه ولولم يتم تسجيل البيع . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعطيل استعمال حق الشفعة بفعل المشتري » . أما العضو الوحيد المعارض في اللجنة فقد لاحظ « أن نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لا يتم إلا بالتسجيل ، وإلى أن يتم التسجيل يجوز للبائع أن يبيع العين مرة ثانية ولا يأمن المشتري الذي لم يسجل عقده جانب من باع له ، فحق الشفع لا يولد إذن إلا إذا كان هناك نقل للملكية . لذا يضمن اشتراط تسجيل البيع لقيام حق الشفعة » (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ في الهامش) .

(٢) أنظر في الفقه : شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٧ - إسماعيل غانم ص ٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٢٢٢ - حسن كيرة ص ١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٣ (جواز الشفعة في البيع الابتدائي وهو بيع غير مسجل) .

وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل محمد علي مرق ٢ فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٠ . ويشير الأستاذ محمد علي عرفة إلى ما يؤدي إليه الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل من نتائج غير مقبولة في نظره ، فيبرز النتيجة الآتية : (١) إذا تقلل البائع والمشتري قبل تسجيل العقد ولكن بعد طلب الشفعة لم يصح التقايل ، ويجبر البائع على المضي في البيع بالرغم من عدوله عنه وتقايله مع المشتري ، ولكن يمتنع في البيع مع الشفع لا مع المشتري . ولا نرى أن هذه نتيجة غير مقبولة ، فالمقرر في الشفعة أن كل تصرف يصدر من المشتري إلى الغير بعد تسجيل =

١ - لم يكن هناك بد من القول بجواز الشفعة في البيع غير المسجل ، ما دما نقول بجواز الشفعة في العقد الابتدائي . فالعقد الابتدائي ، والشفعة جائزة فيه كما قدمنا (١) ، ما هو إلا عقد بيع غير مسجل .

٢ - إذا كان التسجيل لا يشترط في البيع للأخذ بالشفعة ، فإن ثبوت تاريخ البيع أيضا لا يشترط ، وقد رأينا محكمة النقض تقول إنه لا يشترط

طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع . فإذا كان التصرف صادراً إلى البائع نفسه - والتقابل تصرف صادر إلى البائع - فإن هذا التصرف لا يسرى في حق الشفيع إذا كان صادراً بعد طلب الشفعة . وذلك بأن البائع الصادر إليه التصرف ليس من الغير حتى يشترط أن يكون التصرف صادراً بعد تسجيل طلب الشفعة ، بل يكفي أن يكون صادراً بعد طلب الشفعة لا تسجيلها حتى لا يسرى في حق الشفيع . والقول بغير ذلك هو الذي يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، إذ لو سلمنا بأن تقايل البائع مع المشتري بعد طلب الشفعة يسرى في حق الشفيع ، لأمكن للبائع والمشتري أن يتواطأ على إضاعة حق الشفعة . فإنها إذا رأيا أن الشفيع طلب الشفعة ، تقايلا حتى يضيغ على الشفيع حقه . (٢) من مقتضى القول بثبوت الشفعة في البيع غير المسجل أن الشفيع ، إذا توالى البيوع ، يتعين عليه أن يتابع سلسلة المشتري المتعاقدين حتى قبل تسجيل عقد المشتري الأصل . وفي هذا عنت على الشفيع ، إذ يصبح مفروضاً عليه تتبع كل البيوع المستمرة التي يعقدها المشتري الأول ومن يخلفه حتى تصح شفيعته قانوناً . ولا نرى أن هذا يلحق على الشفيع عبثاً ثقيلاً ، فالمرور الآن في التقنين المدني الجديد أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذار البائع أو المشتري له بالبيع . فاعل الشفيع إلا أن ينتظر هذا الإنذار ، سواء صدر من المشتري الأول أو من أحد المشتريين المتعاقبين بعد المشتري الأول ، فيأخذ بالشفعة في البيع المذكور في الإنذار فتصح شفيعته في هذا البيع . فإذا خطر للمشتري الذي أرسل الإنذار أن يبيع العقار مرة ثانية بعد إرسال الإنذار - وهذا أمر بعيد الاحتمال - فإن الشفيع لا تضيق عليه شفيعته في هذا البيع الجديد ، إذ يجب على المشتري الجديد هو أيضاً أن ينذر الشفيع بالبيع الجديد ، فيفتح باب جديد للشفعة يطلبها الشفيع في خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار الأخير . وهكذا نرى أن الشفيع لا بد أن يعلم ، عن طريق الإنذار ، بكل بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، فلا يضيغ عليه حقه في الشفعة في هذا البيع .

والذي يقع عملاً أن الشفيع يتروقب أمرين حتى يحافظ على حقه في الشفعة : إما أن يصله إنذار بالبيع من المشتري أو من البائع فيستعمل حقه في الشفعة عقب هذا الإنذار في الميعاد القانوني ، أو أن يسجل المشتري البيع فيعرف الشفيع عن طريق التسجيل بوقوع البيع وله أربعة أشهر من وقت التسجيل لاستعمال حقه في الشفعة . وليس في كل هذا كبير عنت ، إذا أراد أن يستعمل حقا استثنائياً كحق الشفعة .

في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ^(١) . ذلك بأن الشفع لا يعتبر من الغير لا في الصورية ولا في ثبوت التاريخ ، فإذا واجهه المشتري بعقد بيع غير ثابت التاريخ ، كان هذا التاريخ حجة عليه إلى أن يثبت عكسه . فإذا كان التاريخ العرفي لعقد البيع سابقا على تاريخ تملك الشفع للعقار المشفوع به ، لم يجز للشفع أن يتمسك بأن هذا التاريخ غير الثابت لا يحتاج به عليه ، وبأن عقد البيع يجب أن يكون ثابت التاريخ وسابقا على تملك الشفع للعقار المشفوع به حتى لا يكون للشفع الحق في الأخذ بالشفعة . بل للمشتري أن يتمسك ، بالتاريخ العرفي لعقد البيع وهو التاريخ السابق على تاريخ تملك الشفع للعقار المشفوع به ، وأن يحتاج به على الشفع حتى يسلبه الحق في الأخذ بالشفعة . ولكن للشفع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن التاريخ العرفي لعقد البيع قد قدم غشا ليكون سابقا على تملك الشفع للعقار المشفوع به ، بقصد حرمانه من الأخذ بالشفعة^(٢) . ويرجع ذلك ، لافحسب إلى أن الغش هنا يسوغ إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بجميع الطرق ، بل يرجع أيضا إلى أن البيع يعتبر بالنسبة إلى الشفع واقعة مادية كما قدمنا^(٣) ، فله أن يثبت واقعة البيع ويتضمن ذلك تاريخها بجميع الطرق^(٤) .

٣ - وإذا كان لا يشترط في بيع العقار المشفوع فيه أن يكون مسجلا للأخذ بالشفعة ، فعلى العكس من ذلك يشترط ، إذا كان سند الشفع في ملكية العقار الذي يشفع به عقد بيع ، أن يكون هذا البيع مسجلا . ذلك بأن الشفع

(١) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ - عكس ذلك عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٠٧ في آخرها .

(٤) قارن مع ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه يلزم توافر أسباب الأخذ بالشفعة لدى الشفع قبل حصول البيع المترتب على الشفعة ، وهذا يقتضي أن يكون تاريخ هذا البيع ثابتا ثبوتا كافيا للاحتجاج به على الشفع وحده كما لو ذكر في ورقة رسمية ، وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا له ، بما أن طرق إثبات التاريخ غير مبينة على سبيل المحصر (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩) .

لا يشفع إلا بعقار يملكه كما سئرى (١) ، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلاً . ويخلص من ذلك أنه في حين أن بيع العقار المشفوع فيه لا يشترط أن يكون مسجلاً ، يشترط على العكس . من ذلك أن يكون بيع العقار المشفوع به مسجلاً وأن يكون التسجيل سابقاً على انعقاد بيع العقار المشفوع فيه .

١٧٢ - الأنظر بالشفعة عند توالي البيوع - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٨ مدني على ما يأتي :

« إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها . قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها (٢) . ويفرض هذا النص بيعاً قد توالى ، ويحدد في أي بيع منها يأخذ

(١) أنظر مايل فقرة ١٨٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٤ - ص ٤٠٠) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ٩ : المين الجائز أخذها بالشفعة ، إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها . (وحكم قانون الشفعة السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٧ : إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يدعى الشفع بالشفعة ، سقطت شفعتها ، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني . (وحكم التقنين العراقي متفق في مجموعة مع حكم التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تم

التفرع عن المشفوع لشخص ثالث بعيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . (والقانون اللبناني يشترط للأخذ بالشفعة من المشتري الثاني أن يكون البيع الصادر لهذا المشتري الثاني قد قيد في السجل العقاري قبل أن يرفع الشفع دعوى الشفعة على المشتري الأول) .

الشفيع بالشفعة . ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتري ، ثم ان هذا المشتري باع العقار لمشتري ثان ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول أو في البيع الثاني ؟ ويستوى في هذا القرض أن يكون المشتري الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشتري الثاني أو لم يسجل ، وإن كان الغالب في العمل أن المشتري الأول لا يبيع للمشتري الثاني إلا بعد أن يكون قد سجل عقده . ويستوى كذلك أن يكون المشتري الثاني قد سجل عقده أو لم يسجل ، فقد قلنا أن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل .

ويجب النص سالف الذكر على السؤال المتقدم بالتمييز بين حالتين :
(الحالة الأولى) أن يكون المشتري الأول لم يبيع العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة في البيع الأول وسجل هذا الطلب . ففي هذه الحالة لا يسرى البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني في حق الشفيع ، إذ تنص المادة ٩٤٧ مدني كما سنرى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع . . أي يبيع صدر من المشتري ولا . . إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة » . ومعنى أن البيع الثاني الصادر بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع أن الذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده . وعلى ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في هذا البيع الأول بالشروط الواردة فيه ، والمفروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع فيمضي في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) . وذلك لا يمنعه ، إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني في مواعيد هذا البيع وبشروطه (٢) .

(١) نقض مدني ٩ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤٢ ص ٨٦٤ - استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدراري فقرة ٤٧٦ - إسماعيل غانم ص ٨٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقار المشفوع فيه مبيعاً مع شرط اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء بعد تسجيل إعلان الرغبة ، ولا يسقط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٨٤ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٣١٨ ص ٤٧٨ -

منصور مفضل منصور فقرة ١٤٥ ص ٢٤٥ .

(الحالة الثانية) أن يكون المشتري الأول باع العقار للمشتري الثاني قبل أن يسجل الشفع طلب الشفعة في البيع الأول (١) . ففي هذه الحالة يكون هذا البيع الثاني سارياً في حق الشفع ، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة يسرى في حق الشفع (مفهوم المخالفة من المادة ٩٤٧ مدني) (٢) . وما دام هذا البيع الثاني يسرى في حق الشفع ، فإنه يكون قد فسخ البيع الأول الذي لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة أو أخذ بها ولكن لم يسجل طلبه قبل صدور البيع الثاني . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول المنسوخ ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائماً بعد أن نسخ البيع الأول ، ويكون أخذه بالشفعة في هذه الحالة في مواعيد البيع الثاني وبشروطه ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٣٨ مدني سالفة الذكر (٣) . وما دام الشفع

(١) يقول نص المادة ٩٣٨ مدني كما رأينا : . . . ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة . . . ومعنى ذلك أن يكون البيع الثاني حاصلًا قبل إعلان رغبة الشفع في الأخذ بالشفعة ، أو إذا صدر هذا الإعلان من الشفع فقبل تسجيله . وبعبارة أخرى يجب أن يكون البيع الثاني صادراً قبل تسجيل إعلان الرغبة ، سواء صدر هذا الإعلان فعلاً ولم يسجل ، أو لم يصدر أصلاً فلا يتصور أن يكون قد سجل . وكان الأول من ناحية الصياغة أن يكون النص كما يأتي : . . . ثم باعها قبل تسجيل رغبة الشفع في الأخذ بالشفعة . (انظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦) .

(٢) ولا يشترط أن يكون البيع الثاني ثابت التاريخ ، فالتاريخ العرفي كاف إذا كان سابقاً على تسجيل طلب الشفعة . والشفع ، وهو ليس من الغير في ثبوت التاريخ ، أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي وأنه قدم غشاً ليكون سابقاً على تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٧ - انظر عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٣) .

(٣) وقد يبيع المشتري الأول جزءاً مفرزاً من العقار المبيع ويستبقى الجزء الآخر ، فشفع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة الجزء المبيع للمشتري الثاني وحده وبشروط البيع الثاني ، وأن يأخذ الجزء الذي استبقاه المشتري الأول وحده بشروط البيع الأول ، وذلك لأن الصفقة قد تفرقت (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩) . ويشترط في الحالتين أن تتوافر شروط الشفعة في الجزء المطلوب أخذه ، فإذا ترقب على التجزئة أن أصبح جزء لا تتوافر فيه شروط الشفعة لم يجوز أخذه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧) .

يأخذ بالشفعة في البيع الثاني دون البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب ، امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يميزها . ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني ولا شفعة فيه ، ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثاني^(١) . وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني صادرا من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه أو أصهاره ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة ، أو كان المشتري الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قايض عليه ، لم يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة ، فقد فاته الأخذ بها في البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها في التصرف الذي صدر من المشتري الأول^(٢) .

أما إذا باع المشتري الأول جزءا شاملا من العقار المبيع واحتفظ لنفسه بباقي العقار شاملا ، لم يجوز للشفيع أن يشفع في جزء شائع دون الجزء الآخر ، بل يجب عليه أن يطلب الشفعة في كل العقار ، بشروط البيع الثاني في الجزء الشائع الذي باعه المشتري الأول ، وبشروط البيع الأول في الجزء الشائع الذي استبقاه هذا المشتري . وذلك لأنه لو سمح للشفيع أن يفرق الصفقة في هذا الغرض ويأخذ بالشفعة جزءا شاملا دون الجزء الآخر ، لاضطر مالك هذا الجزء الآخر أن يقبل الشفيع شريكا معه في الشيوع . أنظر نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٦ ص ٨١٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٧ ص ٥٠٤ - محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٢٤٧ . ورفع دعوى الشفعة على المشتري الأول بعد أن باع هذا لمشتري ثان يصححه تدخل المشتري الثاني في الدعوى المرفوعة ، ولا حاجة لرفع دعوى جديدة على هذا المشتري الثاني (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤) .

(١) وبالرغم من وضوح هذه المسألة ، نرى لجنة الأستاذ كامل صدق قد ناقشتها مناقشة طويلة اختلفت فيها الآراء ، ولكنها انتهت إلى النتيجة المنطقية التي ذكرناها (أنظر محاضر جلسات ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ٤ فبراير سنة ١٩٣٨ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ - ص ٤٠٤ في المامشر سقارن محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٨٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٥ - إسماعيل خاتم ص ٨٦ - ص ٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٢٤٦ - حسن كيرة ص ١٨ - أنظر عكس ذلك وأن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الأول إذا كان البيع الثاني لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة ولكن بشروط البيع الثاني محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٦ .

وقد يكون التصرف الذي صدر من المشتري الأول ، كبيعه العقار لأحد أقاربه أو هبته للعقار ، تصرفاً سورياً قصد به التحايل لمنع الشفعة . فيجوز للشفيع حينئذ أن يثبت بجميع الطرق (١) صورية التصرف (٢) ، وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود فلا ينسخ البيع الذي صدر من المالك للمشتري الأول ، ويستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة في هذا البيع الأول بشروطه وفي مواعيده (٣) . أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري الأول بيعاً جدياً وتجاوز فيه الشفعة ، فلا يؤخذ بالشفعة إلا فيه كما قلنا . ويجب على الشفيع في هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشتري

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ - ويجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى المشتري الثاني لإثبات صورية البيع الثاني (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضى بأن كون المشتري الثاني أما أو اختاً أو أخاً لمن باع لا يكفي وحده لاعتبار العقد سورياً ، ولا كون البيع الثاني قد تم بشئ أعلى بكثير من الثمن في البيع الأول (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢) . ومن القرائن على الصورية أن يتم البيع الأول والبيع الثاني في يوم واحد (إسماعيل غانم ص ٨٧) .

(٢) وهذا ما تردد القول به غير مرة في مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق . فقليل مثلاً « إن السبيل ممد في هذه الحالة لإثبات صورية البيع الثاني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ في الهامش) . وقيل أيضاً بوجوب « أن يطرح جانباً القرض الذي يكون فيه البيع الثاني فيما سورياً ، إذ أن في الوسع إثبات الصورية أمام القاضي ، كما أن النش لا يكسب حقاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٧ في الهامش) . وقيل كذلك « يتعين في حالة البيع الحاصل لأحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة . . . منع استعمال حق الشفعة . . . على أن يظل الشفيع الذي أصابه ضرر في حل دائماً من أن يتسكك بمبدأ أن النش يفسد كل شئ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ في الهامش) . واقترح أخيراً إقرار النص الآتي : « إذا لم يسجل إعلان الرغبة في الشفعة الحاصل في الميعاد إلا بعد تسجيل (؟) البيع الثاني ، وجب على الشفيع أن يستعمل حقه تبعاً للشروط التي تم بها البيع الثاني . ويجوز للشفيع ، في حالة النش ، أن يستعمل حقه طبقاً لشروط البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ في الهامش) .

(٣) استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ - المنصورة الكلية أول فبراير سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٢ - ٣٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٥ ص ٤٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ ص ٤٧٦ - حسن كيرة ص ١٨ .

الثاني ، دون البائع للمشتري الأول ، لأن الشفعة إنما تطلب في البيع الثاني المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشتري الأول (١) . والأخذ بالشفعة في البيع الثاني يكون ، كما قدمنا ، في مواعيد هذا البيع وبشروطه ، ولا يعتد بشروط البيع الأول (٢) . فإذا كان الثمن في البيع الثاني أعلى من الثمن في البيع الأول ، كان على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة هذا الثمن الأعلى (٣) ، وكذلك إذا كان ثمن البيع الثاني هو الأدنى كان الثمن الأدنى هو الواجب لإيداعه (٤) .

ولا عبرة بتسجيل البيع في كل ذلك كما قدمنا ، فقد يكون البيع الأول

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي في حالة البيع الثاني اختصاص المشتري الثاني والبائع له في دعوى الشفعة ، أما اختصاص البائع الأصل فلا يكون لازما (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧١ ص ١٠٩٠) . وانظر استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢١ ص ٢٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف أسبوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ - استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨ - أول مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٢٤٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٥٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ أ ٣٥ ص ٢١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٢ ص ٥٠٠ - ٥٠١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٩١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٧ ص ٤٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ .

(٢) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٣) وقد أكد أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدق ، ضرورة حماية المشتري ، إذ لا يتصور أن يحرم هذا المشتري من حقه في بيع العقار الذي اشتراه بالثمن الذي يراه مناسبا ، والذي له مطلق الحرية في تحديده كما يشاء حتى يسجل طلب الشفعة . وأضاف أن هذا الثمن هو الذي يجب على الشفيع أدائه ، وإن زاد عن الثمن المتفق عليه في البيع الأول ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠١ في الهامش) .

(٤) ولا يكون المشتري الأول ملزما بالضمان إذا نزع العقار من المشتري الثاني بسبب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٧٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٦) . كذلك لا يكون المشتري الأول مسئولاً نحو الشفيع إذا هو باع العقار الذي اشتراه ، دون أن يقصد بهذا البيع الإضرار بالشفيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٣) .

غير مسجل وكذلك البيع الثاني ، ومع ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني بالرغم من أنه غير مسجل (١).

§ ٢ - البيع الذي لا يجوز الحظر فيها بالشفعة

١٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعدد سجل أوثابت التاريخ ، ولذا يجب توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني ولو لم يكن عقده مسجلا ، متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٢) - وانظر استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٧ / ١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت عبارة « عن طريق الإدارة أو القضاء » في البند (أ) بعبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٩ كما عدته بلحته . وفي لجنة الشيوخ لوحظ أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » الواردة في البند (أ) لا تفيد معنى البيع بالمزاد العلني الجبري ، لأن البيع قد يحصل بالمزاد العلني وقد لإجراءات رسمها له قانون المرافعات ، فأجيب بأن المقصود بهذه العبارة كفالة علانية البيع ، فوافقت اللجنة على العبارة ملاحظة أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » يدخل فيها كل بيع بمزاد علني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي . وأضيفت إلى البند (ب) عبارة « أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » نظرا لأن صلهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد روى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق . وذلك تحقيقا لفكرة المقصودة من النص ، وهي استبعاد الأجنبي عن اعتبار أن الصفقة عائلية . واقترح في خصوص البند (ج) التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن ينحصر للعقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح ، ووافقت على النص دون هذا التعديل تحت رقم ٩٣٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٣ و ٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل ، وفي التقنين المدني الليبي م ١/٤٩٣ ، وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ ، وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٤ وم ٢٥٤ (٢) .

(١) قانون الشفعة السابق م ٣ : لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أولتزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء . وكذلك لاشفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من الملك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

م ٦ : لاشفعة فيما بيع ليحمل محل عبادة أو يلحق به .
(والتقنين المدني الجديد يختلف عن قانون الشفعة السابق فيما يأتي : (١) لم يقصر بيع المزارد العلني على المزارد الجبري وقسمة التصفية كما فعل قانون الشفعة ، بل عمم النص فجعله يشمل كل مزارد علني يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون فيدخل المزارد العلني الاختياري . (٢) وسع حلقة الصلة العائلية التي لا يؤخذ فيها بالشفعة وذلك تضييقاً لاستعمال هذا الحق ، فعد القرابة إلى الدرجة الرابعة بدلاً من الدرجة الثالثة التي وقف عندها قانون الشفعة ، وأضاف المصاهرة لغاية الدرجة الثانية) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ : لاتسمع دعوى الشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة . (ب) إذا وقع البيع بين الزوجين ، أو بين الأصول والفروع ، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليحمل محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة ، وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه . (د) . . (هـ) . . (و) . . (و) يختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أمرين : (١) لا يمنع التقنين العراقي الشفعة في المزارد العلني الاختياري ، ويمنعها التقنين المصري . (٢) لا يحمل التقنين العراقي المصاهرة مانعة من الأخذ بالشفعة ، ويحملها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة الثانية) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢ / ٢٤٤ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاتسمع دعوى الشفعة في المقايضة المقاربية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الأخوة والأخوات . م ٢٤٥ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاشفعة للوقف ، ولأقارب البيع الحاصل بالمزارد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (والقانون اللبناني يختلف عن القانون المصري في أمور ثلاثة : (١) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة في المزارد العلني الاختياري ، ويمنعها التقنين المصري . (٢) لا يتوسع القانون اللبناني في القرابة المانعة من الشفعة فيقتصرها فيما يتعلق بالحواشي على الإخوة والأخوات ويمنعها التقنين المصري إلى الدرجة الرابعة ، ولا يحمل القانون اللبناني المصاهرة مانعة من الشفعة ويحملها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة الثانية . (٣) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة فيما بيع ليخصص محلاً للعبادة أو يلحق به ، ويمنعها التقنين المصري في ذلك) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذي يؤخذ بها فيه . وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، فالمانع يلغى الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم . فإذا باع زوج لزوج عقارا ، قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة ، فلا تقوم الشفعة منذ البداية . وإذا نزل الشفع عن الشفعة ، أو لم يأخذ بها في مواعييدها المقررة ، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها ، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها ، فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء . وهذه الضوابط تغنينا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها ، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء في بيع عقار فهناك مانع ، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط .

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، كما هي ظاهرة من النص سالف الذكر ، ترجع إلى اعتبارات مختلفة . منها ما يرجع إلى الطريقة التي تم بها البيع ، ويتحقق هذا في البيع الذي حصل بالمراد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشتري ، فقد تكون علاقة عائلية لا تسمح بأن يقتحمها أجنبي ويأخذ العقار المبيع بالشفعة ، ويتحقق هذا في البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة . ومنها ما يرجع إلى الغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع ، ويتحقق هذا في العقار المبيع لجعل محل عبادة أو ليلحق به .

وليس ماورد في النص سالف الذكر هي كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، فهناك موانع أخرى متناثرة في تشريعات مختلفة (١) . من ذلك ما نصت عليه

(١) هذا إلى قيام اعتبارات أخرى في بعض البيوع هملق بمصالح اجتماعية واقتصادية تستوجب حماية صغار المزارعين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض دعوى الشفعة ، أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المظنون عليها الأول إلى المظنون عليه الثاني ليس يما تجوز فيه الشفعة ، وإنما هو تصرف ذو طابع خاص ، روعي فيه إثارة المتصرف إليه بالأولوية في شراء الأطلان الميعة موضوع طلب الشفعة ، لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه بإصلاح الأرض المتصرف لفيها ، ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمي إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضي البور ، فضلا عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيم الثمن الميعة وقت البيع ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون . ذلك بأن القضاء بالشفعة

المادة ٩ من قانون الإصلاح الزراعى من أن « توزع الأرض المستولى عليها فى كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لحودة الأرض » . ثم تصيف الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : « لا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة » . والحكمة فى منع الشفعة هنا واضحة ، فهذه أراض مقسمة إلى قطع صغيرة ، تتبعها الحكومة لصغار الفلاحين بأثمان زهيدة مقسطة أقساطا طويلة الأجل وبشروط معينة ، بغية رفع المستوى الاقتصادى لمعيشة صغار الفلاحين ، فلو أبحنا الشفعة فى مثل هذا البيع لضاع الغرض الأساسى الذى يهدف الإصلاح الزراعى إلى تحقيقه ، ولترعت هذه الأراضى بالشفعة من أيدي طائفة من الفلاحين قصد القانون حمايتها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعى بوضع حدود لتصرف المالك فى الأرض التى يملكها وتكون زائدة على الحد الأقصى الحائز تملكه ، فيجوز للمالك التصرف فى هذا المقدار الزائد لأولاده فيما لا يزيد على مائة فدان ، ولصغار الفلاحين فيما لا يزيد على خمسة أفدنة لكل مشتر ، ولخريجي المعاهد الزراعية فيما لا يزيد على عشرين فدانا لكل منهم . ثم تقضى المادة ٤ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى بأنه لا يجوز أن تؤخذ بالشفعة الأرض المتصرف فيها على الوجه المبين فى المادة ٤ سالفه الذكر . وحكمة منع الشفعة هنا أيضا واضحة ، فقد قصد القانون أن يكون التصرف لفئات معينة ، منها الأولاد والشفعة ممنوعة فى شأنهم من الأصل ، ومنها صغار الفلاحين ، ومنها خريجو المعاهد الزراعية ، وذلك كله بأقدار معينة . فإباحة الشفعة ، وانتزاع الأرض من أيدي هذه الفئات ، يضيع على المشروع غرضه . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصريف فيها من أن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتى تتصرف فيها طبقا لأحكام هذا القانون لا يجوز أخذها بالشفعة . والحكمة فى منع الشفعة هنا هى نفس الحكمة التى قدمناها فى التشريعات السابقة ، إذ التصرف فى هذه العقارات إنما يكون

فى هذه الحالة يتناق مع طبيعة العقد ، وفيه تقويت للأغراض المقصودة منه (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠) .

لفئات معينة من صغار الملاك روعيت فيهم شروط واعتبارات خاصة ، فيضيج على المشرع غرضه لو أمحنا أخذ هذه العقارات بالشفعة (١) .
ونستعرض الآن الموانع الثلاثة من الشفعة المذكورة في المادة ٩٣٩/١ مدني سالفة الذكر .

١٧٤ - البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون : رأينا أن المادة ٩٣٩/١ مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالمزاد العلني ، وفقا لإجراءات رسمها القانون » . فيشترط إذن لمنع الشفعة امران : (١) أن يكون البيع بالمزاد العلني . (٢) وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . ويتوافر هذان الشرطان في البيوع الآتية :

١ - بيع بالمزاد العلني . الجبري أمام القضاء ، بناء على طلب الدائنين لترع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا دون شك بيع بالمزاد العلني ، ويجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٢ - بيع بالمزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عينا دون ضرر ، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية (licitation) . وقد نصت المادة ٧١٨ مرافعات في هذا الصدد على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء » . وهذا أيضا بيع بالمزاد العلني ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (أنظر المواد ٧١٨ - ٧٢٠ و ٧٢٣ مرافعات) ، فلا تجوز فيه الشفعة .

(١) يضاف إلى ذلك أيضا أن الشفعة لا تجوز في بيع يكون من شأنه أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الذي يسمح به قانون الإصلاح الزراعي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة في هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي التي تقضي بإعلان كل عقد ترتبت عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد على مائتي فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام . ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذي أجاز للأفراد أن يملكوا أكثر من مائتي فدان عن طريق الميراث

٣ - بيع الدولة لأملأها الخاصة بالمزاد العلنى وفقا للإجراءات المقررة فى التشريعات الخاصة بذلك . فهذا بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

٤ - الحجز الإدارى وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفقا لإجراءات قررتها تشريعات الضرائب (٢) ، فهذا أيضا بيع بالمزاد العلنى ، أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٥ - بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمزاد العلنى ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧١٢ مرافعات فى هذا الصدد على أن « بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب ، بطريق المزايمة ، يجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين

= أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود ، وأباح هؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد على المائى فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدى بالقيود التى نص عليها قانون الإصلاح الزراعى فى خصوص من يملكون أكثر من مائى فدان وقت صدوره . وذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية ، إلا أنه يأخذ حكم العقد ، إذ بمحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفع ، لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفع ، وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائى فدان ، وإن فى إباحة تملك ما يزيد على مائى فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . أما الوصية والميراث وما جرى مجراها من أسباب كسب الملكية ، فإن الأمر فىهما يتم بغير سعى من جانب من آلت إليه الملكية (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٩٨) .

(١) ويستثنى من ذلك بيع مصلحة الأملاك لعقاراتها بالمزاد بشرط مصادقة وزير المالية ، فتجوز الشفعة فى هذا البيع (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . وعلى العكس من ذلك لا تجوز الشفعة فى بيع مصلحة الأملاك لأرض بطريق الممارسة بشئ روعى فى تقديره اعتبارات خاصة ، متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين ، ويعتبر البيع فى هذه الحالة متراوفا بين البيع والهبة والصلح ، لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشتري من ناحية ، وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى ، وكل ذلك لا يمكن تقديره بشئ (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٣٠ - وانظر-نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠ آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش) .

(٢) أنظر فيما يختص بالحجز الإدارى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب . ويجرى البيع وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات في المواد ٧١٣ - ٧١٧ منه . فهنا أيضا بيع بالمزاد العلني أمام جهة القضاء ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٦ - بيع العقار الثقيل بتكاليف عينية ييما اختياريا بالمزاد العلني ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات في هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يملك عقارا مقررا عليه حقوق امتياز أو اختصاص أو رهون رسمية أو حيازية ، لم يحصل تسجيل تنبيه بترع ملكيته ، أن يبيعه أمام القضاء ، بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة » . ويجرى البيع وفقا للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع . فهنا البيع بيع اختياري بالمزاد العلني ، يجرى أمام القضاء وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

(١) أنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ ، حيث لاحظ أحد الأعضاء « أن المادة ٧١٠ من قانون المرافعات المختلط (وهي المقابلة للمادة ٧٢٢ مرافعات جديد) الواردة في باب الحجز العقاري تعرض لحالة بيع العقار الثقيل بحقوق لصالح دائنين ، وأن هذه المادة وإن كانت تحول المالك حق طلب بيع عقاره عن طريق القضاء ، إلا أنه يجب أن يكون المقصود من هذا البيع هو تخليص العين من حقوق مقررة عليها لصالح أجنبي ، حتى يتسنى للمالك أن يطلب هو نفسه بيع عقاره ليحصل على أقصى ثمن تبقى له منه بقية بعد سداد ديونه . فكل هذه الحالة تدخل في نطاق المزاد العلني ، ولما كان البيع يحصل عن طريق القضاء وبطريقة علنية ، فالرأي عدم جواز استعمال حق الشفعة في مثل هذا البيع » . وقال عضو آخر : « إن تقصى الأسباب التي حدث بالشارع إلى وضع هذا النص (القاضي بمنع الشفعة في البيع بالمزاد العلني) يهدنا إلى أنه رعى إلى تحقيق مصلحة اقتصادية تهدف إلى بيع العين المبيعة بأعلى ثمن ممكن ، فعلاية البيع وإجراءات المزايدة كفيلا في نظره بتمكين كل راغب في الأخذ بالشفعة من التدخل في المزاد لشراء العين » . وعقب عضو ثالث بأنه « لا محل لتقرير الشفعة في مثل هذه الحالة ، مادام أن البيع علني ومباح للجميع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) - وانظر أيضا محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٢٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٥٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد العلني الذي يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريا ، فإن حكمة المنع متوافرة في الفرضين ، إذ يستطيع الشفع أن يدخل في المزاد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧) - وانظر أيضا ما دار من المناقشات في لجنة مجلس الشيوخ في خصوص منع الشفعة حتى في البيع الاختياري وفي « كل بيع بالمزاد العلني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي » آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

فهذه جميعا بيوع عقارية بالمزاد العلنى ، تقع أمام القضاء أو أمام جهة الإدارة ، وتكون جبرية أو اختيارية ، لاستيفاء ديون أو لتصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية ، وتجرى كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء كان هذا القانون هو تقنين المرافعات أو أى تشريع آخر . والمهم فى كل ذلك أن يكون هناك ، كما قدمنا ، بيع بالمزاد العلنى يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون (١) .

ومن ثم يخرج من هذا النطاق ، فتحوز فيه الشفعة ، الحالتان الآتيتان (٢) :

(١) ولم يكن قانون الشفعة السابق بهذا الوضوح ، فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٣ منه تجرى على الوجه الآتى : « لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لئترع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء » . وقد اختلفت المحاكم ، فى عهد هذا القانون ، فى تفسير هذا النص . فبعض ذهب إلى وجوب الرجوع إلى الأصل الفرنسى لهذا النص ، ومنه يتبين أن هناك حالتين منفصلتين إحداها عن الأخرى : حالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام جهة الإدارة كما إذا باعت إحدى الجهات الإدارية عقاراً مملوكاً لها ملكية خاصة بالمزاد العلنى فلا شفعة فى هذا البيع ، وحالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام القضاء لئترع الملكية جبراً بواسطة الدائنين أو لعدم إمكان قسمة العقار بين الشركاء فلا شفعة أيضاً فى هذا البيع (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٢٢ - أسبوط الكلية استئناف ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢١ ص ٢١١ - استئناف مختلط ١٨ يوفيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٣) . وذهب بعض المحاكم الأخرى إلى وجوب التزام النص العربى ، وأنه يمكن أن يقع بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة لئترع الملكية قهراً ، إذ أن الجهات الإدارية تترع ملكية العقارات لاستيفاء الضرائب كما تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية (مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المخامة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩) . أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٢٢٤ - ص ٢٣٥ .

(٢) وكانت هناك حالة قبل إلغاء المجالس الحسية ، وهى حالة بيع عقار القاصر أو المحجور عليه الذى كان يقع أمام هذه المجالس . وقد قضت محكمة النقض بأن البيوع التى ترخص المجالس الحسية للأوصياء أو القوام فى إجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستثناع فيها ، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة وفقاً لقواعد وإجراءات معينة قانوناً تضمن العلانية والطائفة لحماية ذوى الحقوق ، ثم توقعها حتماً لمن يرسو عليه المزاد (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١٠٧١ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٩ رقم ٢٣٨ - استئناف أسبوط ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المخامة ١٦ رقم ١٣٠ ص ٣١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٨) .

١ - بيع المالك لعقاره بيعا حرا بالمزاد العلني ، دون أن يتقيد في ذلك بالإجراءات والشروط التي قررهما تقنين المرافعات لليوع الاختيارية التي تجري بالمزاد العلني (انظر م ٧٢٢ مرافعات) . فقد يعمد المالك إلى بيع عقاره ، ولو لم يكن مثقلا بتكاليف عينية ، بالمزاد العلني . ويجري في ذلك وفقا لإجراءات يضعها هو ^(١) ولا يتقيد فيها بالقانون ، قاصدا بذلك أن يحصل على أعلى ثمن ممكن لعقاره . فهذا البيع ، وإن كان بالمزاد العلني ، لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون . فلا تحوطه ضمانات كافية ، ويستطيع المالك أن يجري البيع ، كما يشاء وبالطريقة التي تروقه ، بل يستطيع ألا يرسى المزاد على أعلى مزايد إذا اشترط ذلك مقدما . ومن ثم تجوز الشفعة في هذا البيع ، لأنه لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون ^(٢) .

٢ - بيع المالك عقاره بالمظاريف : فتقدم العطاءات في مظاريف مغلقة ، ولا يعلم أحد من المتقدمين للشراء بالعطاءات التي قدمها الآخرون . فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية ، ولا يزايد أحد على آخر فيه ، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين ، فلا يمكن اعتباره بيعا بالمزاد العلني . وحتى لو رسم له القانون إجراءات معينة ، وأجرى البيع وفقا لهذه الإجراءات ، فإنه يكون بيعا جرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلني ، ومن ثم تجوز فيه الشفعة ^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه تجوز الشفعة في البيع الذي أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد ، لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ مدني ، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على التنازل الراسي به المزاد ، وعلى حقه في إلغاء البيع بدون إيداء أسباب . وهذه شروط تنطبق بأن مثل هذا البيع ، ولو أنه يتم بالمزاد ، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانونا بشأن اليوع الخيرية ووجوب رسوالمزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد . (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) .

(٢) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٦ ص ٥٤٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزايدة ، ومقصود الشارع من النص هو البيع بالمزاد طبقا لإجراءات وقواعد معينة قانونا تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر من جهة -

فلا بد إذن ، لامتناع الأخذ بالشفعة ، أن يكون البيع بالمزاد العلني ، وأن يجري وفقا لإجراءات رسمها القانون . والحكمة في امتناع الأخذ بالشفعة في البيع على الوجه المتقدم تتمثل في أمور ثلاثة : (١) لما كان هذا البيع يجري بالمزاد العلني وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة ، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره . وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل في المزاد ، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة ، التي هي حق استثنائي يعطى بقدر الضرورة . (٢) لو أجاز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لامتنع كثير من الدخول في المزاد خشية الأخذ بالشفعة ، فمنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايد ، والحصول على أعلى ثمن ممكن . (٣) الجاء الشفيع ، إذا أراد أخذ العقار ، إلى الدخول في المزاد

= أخرى ، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة في البيع أن يشترك في المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد . ولما كان بيع أراضي الحكومة الحرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصالح العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ للحكومة من الحق المطلق في قبول أو رفض أى عطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع في كل حال ، فالبيع بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة ، فتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠) . وانظر أيضا في هذا المعنى أسبوط استثنائي ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٩ ص ٥٣٩ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع بالمزاد أمام جهة الإدارة الذي لا تجوز فيه الشفعة هو البيع الذي يحصل وفقا للإجراءات المنصوص عليها في دكرينو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكرينو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق الملكية نزع الملكية قهراً إلى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع العقارات الخاصة بالملوك للدولة الذي يقع بطريق المظاريف بناء على إعلان للجمهور ووفقا لشروط المنشور الوزاري المؤرخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ فإن هذا البيع ، وإن جرى أمام جهة الإدارة ، ليس إلا يما اختياريًا ولا يصير تامًا إلا إذا وافقت عليه الحكومة (استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٨٠) . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ .

وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في هذا الخصوص في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٢ - محمد علي عرقة ٢ فقرة ٣٢٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٩ ص ٤٦٣ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ - حسن كيرة ص ١٤ .

من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزايديون ،
إذ لا بد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزاد (١) .

١٧٥ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة :

رأينا (٢) أن المادة ٩٣٩ (ب) مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة
« إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب
لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » . ومنع القانون الشفعة
هنا لاعتبار في المشتري ، فإذا باع المالك عقاره لمشتري متصل به صلة وثيقة من
الزوجية أو القرابة أو المصاهرة ، فإن هذا البيع لا بد أن يكون قد لوحظت
فيه شخصية المشتري ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه . لذلك لا يجوز
للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة وينتزع من يد المشتري . وقد عدد القانون على
سبيل الحصر فئات معينة يمنع الأخذ منها بالشفعة ، وهذه هي :

١ - بيع الزوج لزوجته ، أو بيع الزوجة لزوجها ، ففي هذا البيع
أو ذاك لا يجوز الأخذ بالشفعة (٣) .

٢ - بيع المالك لفروعه مهما نزلوا ، أو لأصوله مهما علوا ، فلا تقيد
القرابة هنا بدرجة معينة . فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لابنه أو لبنته أو
لابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته ، مهما نزل الفرع ، فإن
الشفعة لا تجوز . كذلك إذا باع الابن (أو البنت) عقاره لأبيه أو لأمه أو
لأبي أبيه أو لأم أبيه أو لأبي أمه أو لأم أمه ، مهما علا الأصل ، فإن الشفعة
أيضا لا تجوز .

٣ - بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ،
وقد كان قانون الشفعة السابق (م ٣) يقتصر في المنع على الدرجة الثالثة ،
فمد التقنين المدني الجديد المنع إلى الدرجة الرابعة تضييقا للأخذ بالشفعة (٤) .

(١) أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٣) أما بيع المالك لمطلقة أو المطلقة لزوجها السابق ، أو بيع الخطيب لخطيبته أو الخطيبة
لخطيبها ، فتجوز فيه الشفعة (عبد المنعم فرج الصادة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢) .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

وحساب درجة الحواشي نصت عليه المادة ٣٦ مدني إذ تقول : . . . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة ، (١) . ومعنى ذلك أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية ، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب ، فيحسب الأخ درجة ، ومنه نصل إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضا درجة . فهاتان درجتان . ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته ، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها ، يباع لا تجوز فيه الشفعة . ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة ، إذ أن الأصل المشترك هو الجد ، فيحسب العم درجة ، ومنه نصل إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين ، للأخ درجة ولابنه درجة ثانية ، فيكون مجموع الدرجات ثلاثا . وقل مثل ذلك عن العمة والحال والحالة ، ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الحال أو الحالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها يباع واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لحاله وهكذا ، لأن البيع واقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة . ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة ، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد ، فنصل من ابن العم إلى الجد بدرجتين ، ولا نحسب الجد ، ثم نترل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين ،

(١) وهذا هو عين ما كان القضاء يأخذ به في حساب الدرجات قبل صدور التقنين المدني الجديد (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقد قضى بأن القرابة المانة من الشفعة مسألة مدنية مستفرجة عن دعوى الشفعة ، وتدخل في صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراماً للمبدأ القائل بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع . والقول بغير هذا الرأي يترتب عليه أنه كلما عرضت مسألة القرابة في دعوى من الدعاوى التي لا يمكن الفصل فيها إلا بشئونها ، كدعوى رد الخبز ورد القضاة ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادي من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى (ملها ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) . وانظر استئناف وطني ١٤ يونه سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

فيكون مجموع الدرجات أربعا . ويكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه يباع واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك قل عن بنت العم وابن العم وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة ، كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة ، فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز فيه الشفعة (١) . ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون يباع واقعا بين أقارب من الدرجة الخامسة ، فتجوز فيه الشفعة .

٤ - بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية . وقد كان قانون الشفعة السابق لا يمنع الشفعة في البيع الواقع بين الأصهار أصلا (٢) . ومنعها التقنين المدني الجديد بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية كما قدمنا ، « نظرا لأن صلهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب » ، وقد روى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق ، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص وهي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » ، كما قيل في لجنة مجلس الشيوخ وهي التي استحدثت هذا النص (٣) . ولحساب درجة المصاهرة يرجع إلى المادة ٣٧ مدني ، وهي تنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فالزوج يعتبر في الدرجة الأولى ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة لأبى زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر ، لأن كلا من أبى الزوجة وابنها يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الأولى ، فكذلك يعتبر كل منهما في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وعلى ذلك يكون البيع الصادر من الزوج لأبى زوجته أو أبى الزوجة للزوج ، وكذلك البيع الصادر من الزوجة لأبى زوجها أو الصادر من أبى الزوج للزوجة ، كل

(١) وقد قضى بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص ، وكان من بينهم شخص قريب للبائع لغاية الدرجة الرابعة ، فامتنت الشفعة بالنسبة إليه ، امتنت الشفعة أيضا بالنسبة إلى باقي المشترين حتى لا تتجزأ الصفقة (سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحللة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، تطبيقا لذلك ، بجواز الشفعة في حالة البيع من الأب لزوجته ابنة أو من الأم لزوج بنتها (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) أنظر آفا فقرة ١٧٢ في الملامح .

هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى ، فلا تجوز فيه الشفعة . وأخو الزوجة يعتبر في الدرجة الثانية ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة إلى الزوج ، لأن أخا الزوجة يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الثانية فكذلك يعتبر في نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج . فالبيع الصادر من الزوج لأخى زوجته ، أو الصادر من أخى الزوجة للزوج ، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية ، فلا تجوز فيه الشفعة . أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلا ، وعم الزوجة يعتبر في الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج ، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة لأن درجة المصاهرة هنا تجاوزت الدرجة الثانية .

والحكمة في منع الشفعة في الأحوال المتقدم ذكرهما هي ، كما قدمنا ، أن المشتري روعيت فيه اعتبارات خاصة بشخصه فلا يجوز للشفيع أن ينتزع العقار المبيع من تحت يده ، أو كما قالت لجنة مجلس الشيوخ « هي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » (١) . ولكن لا يفهم من ذلك أن الشفيع ، في البيوع المتقدم ذكرها ، يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع . فإن هذه البيوع ممنع فيها الأخذ بالشفعة أصلا للاعتبارات الخاصة بشخص المشتري ، حتى لو كان الشفيع في نفس درجة قرابة المشتري (٢) ، بل وحتى لو كان أقرب منه إلى البائع . فلو صدر البيع من ابن العم لابن عمه لم يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة كما قدمنا . ويستوى في ذلك أن يكون الشفيع أجنبيا ، أو يكون ابن عم آخر للبائع أي في درجة المشتري ، أو يكون أقرب إلى البائع من المشتري كأن يكون زوجا أو ابنا أو بنتا أو أبا أو أما أو أخا أو أختا . ومهما دنت قرابة الشفيع من المالك ، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أصلا (٣) ، ولذلك

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٢ في الهامش - ويغلب أيضا أن يكون بيع المالك لزوجه أو لأحد من أقاربه أو أصهاره من الدرجة المتقدم ذكرها هبة مستترة في صورة بيع أثر بها المالك لزوجه أو قريبه أو صهره ، أو في القليل يباع حوي فيه المشتري فذفع ثمنه أقل بكثير من قيمة العقار المبيع (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بعدم جواز الأخذ بالشفعة في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، لأن هذا النوع من البيع وإن لم يكن في الحقيقة هبة ، ففيه مخافة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره (استئناف وطني ٨ أبريل سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٥٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢ .

لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشتري كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعديدين فيما سرى .

١٧٦ - العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة : رأينا (١) أن المادة ٩٣٩ (ج) ملغى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة ، إذا كان العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة . فنع القانون الشفعة هنا لا اعتبار ديني قدمه على مصلحة الشفيع ، وقد كان هذا هو الحكم أيضا في قانون الشفعة السابق (م ٦) .

فاذا باع المالك أرضه لمشتري بقصد أن ينحصر المشتري الأرض لبناء مسجد فوقها ، أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه مثلا أو لتكون مقصورة تخصص للنساء إذا اتين المسجد للصلاة أو نحو ذلك ، فهنا يكون العقار قد يبيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع ، حتى لا يضيع على المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه . وإذا ادعى الشفيع أن الغرض المذكور في البيع من أن العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة ، وإنما هو قد ذكر تهربا من الشفعة ومنعا للأخذ بها ، فعلى الشفيع أن يطلب الشفعة في مواعيدها ، وأن يثبت أن سبب البيع المذكور في العقد لا صحة له ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

ولا يقتصر الأمر في محل العبادة على الدين الإسلامي ، بل هو يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة . فيتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة ، كالمساجد والكنائس والبيع والحاخامات وغيرها من المعابد . ولكنه لا يتناول عقارا يبيع لغرض ديني آخر غير العبادة ، كعقار يباع ليجعل دارا لتحفيظ القرآن أو معهدا دينيا أو مقرا لجمعية دينية (٢) .

كذلك لا يتناول المنع عقارا يبيع ليكون مدرسة أو مبرة أو ملجأ أو مستشفى أو مصحة أو مؤسسة اجتماعية من أي نوع كان ، ويجوز في هذا البيع الأخذ بالشفعة . وقد تقدم في هذا الصدد اقتراح من أحد أعضاء لجنة

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ .

(٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٤ .

مجلس الشيوخ للجنة يرمى إلى « التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية ، حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح » (١) .

المطلب الثاني

وجود شفع

١٧٧ - مسألناه : وقد قدمنا (٢) أن شروط الأخذ بالشفعة تتلخص في أمرين : بيع عقار ووجود شفع . وقد بحثنا بيع العقار ، وننتقل الآن إلى وجود الشفع .
وهناك مسألان نبحثهما في صدد وجود الشفع : (١) من هم الشفعاء . (٢) تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

§ ١ - من هم الشفعاء

١٧٨ - صفة الشفع وشروطه : وفي تحديد من هم الشفعاء نبين :
(١) من ثبت له صفة الشفع . (ب) الشروط الواجب توافرها في الشفع .

(١) من ثبت له صفة الشفع

١٧٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٦ مدني على ما يأتي :

« يثبت الحق في الشفعة » :

- (١) « لملك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » .
- (ب) « للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » .
- (ج) « لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها » .
- (د) « لملك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٣ في الهامش .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٦٥ .

(هـ) « للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يثبت الحق في الشفعة : (أ) لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبة ، سواء تناول البيع كل الحق لوبعضه . (ب) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أوبعضها . (ج) للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار لأجنبي . (د) لملك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، والمستحكر إذا بيعت الرقبة . (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار في أحوالها الثلاث « أخذا بما يراه بعض الفقهاء الشرعيين من أن الحوار ليس سببا من أسباب الأخذ بالشفعة » ، وذكر في المحضر عدم انطباق الفقرة (د) الخاصة بالحكر على الوقف ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٨ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أعيدت شفعة الجار مقيدة ، وذلك بإضافة الفقرة (هـ) على الوجه الآتي : (هـ) للجار المالك في الأراضي الزراعية إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٥ . وفي مجلس النواب احتدمت المناقشة في شفعة الجار (أنظر ماسبق ذكره في هذا الصدد آنفا فقرة ١٦٤ في الهامش) ، وانتهت إلى إضافة شفعة الجار في جميع أحوالها الثلاث وتعديل النص بحيث أصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٠٠٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيدت مناقشة الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار ، فرأى أحد الأعضاء « حذفها أو الأخذ بنص لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الذي قصر الشفعة بالنسبة للجار المالك على الأراضي الزراعية ، وذلك لأن علاقة الحوار قد تقلص ظلها ولم يعد لها أي اعتبار » ، ورأى عضو آخر « حذف الشفعة في الأراضي الزراعية وإبقاؤها في المباني » ، ورأى رئيس اللجنة الإبقاء على نص مجلس النواب من غير تعديل ، فوافقت اللجنة بأغلبية الآراء على النص كما عدله مجلس النواب ، وأصبح رقمه ٩٣٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٧ - ص ٣٨٥) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ١ و ٢ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٢٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (٢) .

(١) - قانون الشفعة السابق م ١ : يثبت حق الشفعة لمن يأتي : (أولاً) لشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع . (ثانياً) للجار المالك في الأحوال الآتية : إذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المملوكة لبناء سواء كانت في المدن أو في القرى - إذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى الثمن نصف من ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

م ٢ : بعد شريكا في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

(ونصوص قانون الشفعة هذه توافق في مجموعها نصوص التقنين المدني الجديد ، ويزيد التقنين المدني الجديد على الشفعة مالك الرقبة والمحتكر) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ : يثبت الحق في الشفعة : (أ) لملك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملبس لها أو بعضه . (ب) لشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي . (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة المملوكة لهذا الحق أو بعضها . (ولا يعطى التقنين الليبي حق الشفعة للجار أصلاً) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٩ : تثبت الشفعة : (أولاً) لشريك في العقار الشائع . (ثانياً) للخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع . (ثالثاً) للجار الملاصق في الحالتين الآتيتين : (أ) إذا كان المقاران المشفوع والمشفوع به من البور أو من الأراضي المملوكة لبناء الدور . (ب) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار ، أو كان للجار حق ارتفاق على العقار المبيع .

م ١١٣٠ : ١ - يعتبر الشريك في أرض حائط في حكم الشريك في نفس العقار ، ويأتي في مرتبة بعد الشريك في الشيوع مباشرة . ٢ - وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري فيما يأتي : (١) لا يعطى الجار حق الشفعة في الحالة الثالثة من أحوالها . (٢) يعطى الشفعة للخليط (الشريك) في حق ارتفاق للعقار المبيع . (٣) يعتبر الشريك في أرض مقام عليها بناء في حكم الشريك في العقار كله) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) :

يثبت الحق في الشفعة : (١) لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبة ، سواء تناول -

ويخلص من النص سالف الذكر أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفع ، منها اعتبار غريب عن الفقه الإسلامى ، واعتبار مختلف فيه في هذا الفقه . وهذه الاعتبارات هي :

(الاعتبار الأول) هو لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وهذا الاعتبار هو الغريب عن الفقه الإسلامى ، وكان مع ذلك اعتبارا مسلما به في قانون الشفعة السابق (م ٢ من هذا القانون) ، وكان اعتبارا أساسيا لاستبقاء الشفعة في لجنة الأستاذ كامل صدق (١) . ويتمثل هذا الاعتبار في إثبات صفة الشفع لملك الرقة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقة ، وفي إثبات صفة الشفع لصاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية

= البيع كل الحق أو بعضه . (٢) لشريك في الشيوع إذا يمت حصه أو أكثر في العقار الشائع من أجنبي . (٣) لصاحب حق الانتفاع إذا يمت الرقة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقة أم بعضها . (٤) لملك الرقة في الحكر أو السطحية أو الإيجارتين أو الإجارة الطويلة العينية المنصوص عليها في القرار رقم ١٢ ل.د. الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤ . (٥) لجار الملاحق المالك ، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره والعقار المبيع اشتراك في ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو في حق الشرب الخاص . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

(ويختلف القانون البناني عن التقنين المصري فيما يأتي : (١) لا يعطى لجار حق الشفعة إلا في حالة حق الارتفاق أو الاشتراك في حائط أو طريق خاص أو شرب خاص . (٢) يعطى لملك الرقة حق الشفعة في السطحية والإيجارتين والإجارة الطويلة والإجارة العينية) .

(١) ذكر أحد أعضاء هذه اللجنة ، في بداية الأمر ، « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة سواء لملك الرقة أو لصاحب حق الانتفاع ، لانعدام المصلحة العملية في ذلك ، إذ أن حق الانتفاع نظام فادر التطبيق في مصر » . فعارض أعضاء آخرون هذا الرأي ، وراؤ « الإبقاء على حق الشفعة لصالح كل من ملك الرقة وصاحب حق الانتفاع لجميع الحقيين في شخص واحد » . وقال رئيس اللجنة « إنه لا يؤيد الرأي القائل بإلغاء حق الشفعة ، ذلك الحق الذي يقضى على كثير من المنازعات بجميع عناصر الملكية المجزأة في شخص واحد » . وبعد المناقشة وافقت اللجنة بالإجماع على استبقاء حق الشفعة لملك الرقة ، وبالأغلبية على استبقائه لصاحب حق الانتفاع . ثم تسام أحد الأعضاء عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة إلى المحتكر ، فأجاب الرئيس بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحتكر ، لأن الحكر يفترض وجود وقف ، وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المرخص لهم في البناء على أرض الغير واقترح منح هؤلاء حق الشفعة في الأرض التي أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ في الحاشي) .

بضم الرقة إلى حق الانتفاع ، وفي إثبات صفة الشفع لكل من مالك الرقة إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقة وهذا ما استحدثه التقنين المدني الجديد « جمعا لما تفرق من حق الملكية ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهي بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب في بقائه » (١) .

(والاعتبار الثاني) هو إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك ، فثبت للشريك في الشيوع صفة الشفع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقا ، سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو كان في التشريعات المتعاقبة الخاصة بالشفعة في التقنين المدني السابق وفي قانون الشفعة السابق وفي التقنين المدني الجديد .

(والاعتبار الثالث) هو منع مضايقات الجوار ، فثبتت صفة الشفع للجوار المالك في أحوال ثلاث . وهذا الاعتبار مختلف فيه في الفقه الإسلامي ، فالحنفية هم الذين يسلمون به ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تعتبر الجوار سببا للأخذ بالشفعة . وقد كان هذا الاعتبار محلا للمناقشة في لجنة الاستاذ كامل صدقي ، فأيده بعض الأعضاء وعارضه بعض آخر (٢) . وجعل المشروع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ .

(٢) وقد عارض مقرر اللجنة في إعطاء حق الشفعة للجوار « وذلك رغم الاعتبارات التي استند إليها في تأييد هذا الحق والتي ترجع في أصلها إلى تقاليد تاريخية وأخرى دينية فتدعا تفصيلا في تقريره ، إذ أن حق الشفعة ينطوي على اعتداء صارخ على حق الملكية الذي من خصائصه الأساسية حرية التصرف » . وعقب أحد الأعضاء بأنه « فيما يتعلق بحق الشفعة بالنسبة إلى الجوار ، فإنه يرى استبعاده ، إذ أن التقاليد والمعادن الاجتماعية التي أروحت في الماضي بقرار هذا الحق قد طرأ عليها التغير » . ولكن أحد الأعضاء رأى الإبقاء على حق الشفعة لصالح الجوار في حالة وجود حق ارتفاق على الأقل . وقال رئيس اللجنة مؤيدا لهذا الرأي الأخير إنه « يرى الاعتراف بحق الشفعة للجوار في حالة وجود ارتفاق على الأقل » . وقال إنه كثيرا ما يحصل في الأراضي الزراعية أن توجد لصالح عدة ملاك حقوق ارتفاق لرى من قرعة خاصة ، وإن وجود هذه الارتفاقات المشتركة يثير مشاكل عدة بين هؤلاء الملاك ويؤدي أحيانا إلى اضطرابات ربما تيسر تجنبها بالتسليم بحق الشفعة لكافة المستفيدين بحق الارتفاق ولولم يجمع بينهم الجوار ، إذ أن التوسع في حق الشفعة في مثل هذه الحالة تقضي به ضرورات عملية » . فعقب أحد الأعضاء =

التمهيدى للتقنين المدنى الجديد الحوار فى أحواله الثلاث سبباً للأخذ بالشفعة ، ثم ألقى أصيلاً فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، وأعادته فى إحدى أحواله الثلاث لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، وأعاده مجلس النواب كاملاً فى أحواله الثلاث بعد مناقشات طويلة سبقت الإشارة إليها^(١) ، وأقر ذلك مجلس الشيوخ . فأصبح الحوار بجميع أحواله سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، كما كان الأمر فى قانون الشفعة السابق^(٢) .

ولما كانت المادة ٩٣٦ مدنى قد عدت الشفعا مرتبين ، فستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذى يتفاضلون به عند تراحمهم كما سنرى .

١٨٠ - مالك الرقبة : تثبت صفة الشفع ، فى المرتبة الأولى ، « لملك

الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » (م ٩٣٦ بند مدنى) .

« على هذا بأنه على الرغم مما يبدو من أهمية السبب الذى أبداه الرئيس لتوسع فى حق الشفعة حتى يشمل الحالة التى نوه عنها ، فإنه لا يرى إقرار هذا التوسع إذ لن يتسنى تنظيم حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تنظيمياً عملياً » . وأضاف أحد الأعضاء « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة لصالح الجار المالك » . فكتب عضو آخر بأنه « لما كان الاستغلال الزراعى باعظ التكاليف ، فإن من المصلحة تقرير حق للشفعة لصالح الجار لتخفيف أعباء هذا الاستغلال » . وانتهت اللجنة ، بأغلبية الآراء ، إلى استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق . وأشار رئيس اللجنة إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٣ فى الهامش) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٢) والحكمة من الشفعة بسبب الحوار منع مضايقات الجوار ، ولكن إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة جاز الأخذ بها ، ولا يمتد بما إذا كانت الحكمة قد توافرت أولم تتوافر . وقد قضى حكم قديم بغير ذلك ، وبأن الشفعة شرعت لمنع الضرر بسبب الجوار ، فإذا لم يحدث ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان بين أفراد عائلة واحدة والمشتري مجاور لكل منهم من قبل ، فلا شفعة (مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) . ولكن هذا الحكم لم يكن له صدق فى القضاء المصرى ، وعلى العكس من ذلك قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا توافرت فى الشفع الشروط المقررة قانوناً لأخذ المبيع بالشفعة ، فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس متحققاً (استئناف وطنى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٤٢) . وقضى أيضاً بأنه وإن كانت حكمة الشفعة هى الرغبة فى رد أذى الشريك الجديد ، إلا أن الشارع قررها مطلقاً لكل من توافرت فيه شروطها ، وعلى ذلك لا يتوقف قبول دعوى الشفعة على توافر حكمتها (طنطا - الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ الهامة ١ رقم ٢٣ ص ٢٤٠) .

وهذه الحالة ، وإن كانت نادرة الحصول في العمل ^(١) ، يمكن أن نتصور تحقيقها في فروض مختلفة .

وأبسط هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص : وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، كان لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع . فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم شتات ملكيته ، وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الفرض الذي من أجله أعطى مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع . وفي هذا الفرض المبسط لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة .

وفي فرض آخر أكثر تعقيدا ، يرتب مالك العقار حق انتفاع لمصلحة شخصين (أو أكثر) في الشيوع . فإذا باع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الانتفاع ونفرض أنها النصف ، كان لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة . فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار ، ومالكا للرقبة النصف الآخر . وهو إذا لم يكن في هذا الفرض قد لم شتات الملكية على وجه تام ، فإنه تمكن من لم شتاتها في نصف العقار . ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة . لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع كما سنرى .

وهناك فرض أكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار اثنان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتب الاثنان معاً على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر ، فيصبحان مالكين في الشيوع لرقبة العقار . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، فلا شك في أن مالكي الرقبة يستطيعان أن يأخذا معاً بالشفعة حق الانتفاع المبيع . فيعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع . إذ هو النصف « الملابس » للنصف الذي يملكه في الرقبة ، فيعود

(١) ويلاحظ أن الذي يملك بالشفعة هنا ليس هو حق الملكية ، بل هو حق الانتفاع . فالشفعة تكون في هذه الحالة سبباً لكسب حق الانتفاع (أنظر م ١٢٩٨٤ مدني) .

كما كان مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة ، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذى لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة في حين أن المشتري لحق الانتفاع يستبقى نصف هذا الحق . وعلى هذا الوجه يكون نصف العقار في الشيوع مملوكا لأحد المالكين ملكية تامة ، والنصف الآخر يملك رقبة المالك الآخر ويملك حق الانتفاع فيه المشتري لحق الانتفاع . وقد يعترض المشتري لحق الانتفاع على هذه النتيجة ، ويتمسك بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه . ففي هذه الحالة يكون له الحق في إجبار مالك نصف الرقبة الذى أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الانتفاع الذى أراد أخذه . فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر ، وإن ترك الشفعة خالص لمشتري لحق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة ، ويبقى مالكا للرقبة كما هما ما لكان للرقبة في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

(١) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم . فقد كانت المادة ١٣٨٤ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ - لاشفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، فإن هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون ويبيع حق المنفعة كله ، فإن أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذى يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كذا لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله . لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاة . وقررنا أن رأى الذى يتشئ مع ما يسير عليه انقضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تنوافر فيه الشروط . وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة عليه ، فيتحمم عندئذ أن يأخذ الشفع بالشفعة في العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى . فرأى يقول بذلك (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٧) ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (عبد الحميد فرج للعدة فقرة ٢٧٤) - وانظر آنفا فقرة ١٦٩ في آخره .

يبقى أن نستعرض فرضاً آخرًا . هو أن يملك العقار مالكان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلاً) . ويرتبان معاً حق الانتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد صاحبي حق الانتفاع النصف الشائع الذي له . جاز للمالكى الرقبة أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف . ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع صاحباً حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد ، جاز للمالكى الرقبة أن يأخذاه معاً بالشفعة . وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع الملابس لحقه في الرقبة . إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة فيتحتم عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (١) .

١٨١ - الشريك في الشيوع : وثبتت صفة الشفيع ، في المرتبة الثانية ،

« للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » (م ٩٣٦ بنـدب مدني) . ويخلص من النص أن هناك عقاراً شائعاً وأن أحد الشركاء في الشيوع باع حصته الشائعة أو شيئاً منها إلى أجنبي . فيكون للشركاء في الشيوع الآخرين أو لأى منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المباعة . فيجب إذن : (١) أن يكون هناك عقار شائع . (٢) وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . (٣) وأن يكون البيع لأجنبي :
يجب أن يكون هناك عقار شائع (٢) . فالعقار الذي كان شائعاً ، ثم قسم

(١) وتسرى الأحكام التي قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى في الأحوال التي يجوز فيها النزول عن هذين الحقيين . وقد قضت المادة ٩٩٧ مدني على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » (أنظر إسماعيل غانم ص ٦٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٣١٠ - حسن كيرة ص ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك هو المالك على الشيوع وإذا كان المشتري لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده ، ومن وقت التسجيل لاقبله ، فإن الحكم ، إذا تولى حق الشفيع في الشفعة على أساس أن تسجيل عقده حصة شائعة في القطعة التي بها الأطيان المشفوعة لا حق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لا يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٤١١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٥ .

إلى أجزاء مفرزة لكل شريك جزء مفرز اختص به . لا تكون فيه شفعة بسبب الشركة في الشيوع ^(١) . وإذا باع أحد منهم جزءه المفرز . لم يكن للآخرين

المفروض هنا أن شخصا اشترى حصة شائعة في عقار ، وقبل أن يسجل عقد شرائه باع شريك آخر حصته الشائعة في هذا العقار لمشتري آخر ، ثم سجل المشتري الأول عقد شرائه . فذهب محكمة النقض إلى أن هذا المشتري الأول لم يصبح مالكا للحصة الشائعة التي اشتراها ، بالنسبة إلى المشتري الآخر ، إلا من وقت التسجيل . فتكون ملكيته للحصة الشائعة المشفوع بها لاحقة لبيع الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر ، ومن ثم ينتق حق الشفعة .

ونحن نرى أن التسجيل أثراً رجحاً فيما بين المتعاقدين ، وأن المشتري إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار الذي اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من « الغير » في البيع الذي تم تسجيله (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ وما بعدها) . وفي الفرض الذي نحن بصدده ، لما سجل المشتري الأول عقد شرائه ، يكون قد أصبح مالكا من وقت البيع ، لا من وقت التسجيل ، بالنسبة إلى البائع له ، وكذلك بالنسبة إلى المشتري الآخر للحصة الشائعة الأخرى المشفوع فيها لأن هذا المشتري الآخر لا يعتبر من « الغير » بالنسبة إلى البيع الأول . ومن ثم تكون ملكية المشتري الأول للحصة الشائعة التي اشتراها سابقة على البيع الصادر للمشتري الآخر ، فيكون للمشتري الأول أن يشفع في الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر . ونظير ذلك مشتري لعقار لم يسجل عقده ، ويبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجحي على الرأي الذي نذهب إليه ، لا اعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكن الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجحي - وهذا ما فعلته محكمة النقض هنا أيضاً (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

(١) وإذا ادعى المشتري وقوع القسمة وأن الشفع ليس شريكاً في الشيوع بعد وقوعها ، ف عليه أن يثبت ذلك ، وله أن يثبته بجميع طرق الإثبات . ولا يعتبر تأجير أحد الشركاء في الشيوع المال الشائع كله أو بعضه دليلاً على وقوع القسمة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، إذ قرر عدم حصول قسمة في العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءً على ما حصلت له المحكمة تحصيلاً سائفاً من أن الأعمال المادية التي أثبتتها خير الدعوى - استحداث مبانٍ بالمنزل - غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ، فإن اتنى على هذا الحكم القصور في التسيب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخير وإلى أعماله ، ولأنه نسخ محضر مناقشة الخير . هذا اتنى يكون في غير محله (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦ -

أن يشفعوا فيه باعتبارهم شركاء في الشيوع ، فهم بعد القسمة لم يعودوا شركاء في الشيوع بل أصبحوا جيراناً . وعلى ذلك إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المقرز المبيع . فانما يجوز له ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجار فيما سنيته . ولا يجعل الحائط المشترك الفاصل بين عقارين هذين العقارين شائعين بين مالكيهما ، لأن الشركة هنا مقصورة على الحائط وليست في ذات العقار . بل يكون كل مالك منهما جارا للمالك الآخر ، ويشفع بالحوار إذا توافرت شروطه (١) . كذلك إذا كان هناك فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك (٢) بين عقارين ، فالعقاران لا يكونان شائعين بل يكونان متجاورين ، والشفعة في كل منهما تكون بالحوار إذا توافرت شروطه .

ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فإذا باع جزءا مفرزا من المال الشائع : فقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين فيما لو كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المقرز إنما

= وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد مرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدهما) في دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوع في الأطنان التي يقع بها القدر المشفوع فيه وأنهما يفضلان الشفعة بشرائهما لذلك القدر ، وانتهت إلى عدم التحويل عليه تأسيساً على ما استظهرته من المستندات التي قدمت لها استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشيوع التي كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة وإقرار الطاعنين للقسمة التي تمت بموجبه ، وارتضاءهما له ، وإعمالها مقتضاه من قبل شرائهما للشفعة المشفوعة فيها وعند تحرير العقد النهائي المسجل الصادر لها من المظنون عليها الثانية ، وقد أقرت حكمها في هذا الخصوص على أسباب سائفة تؤدي إلى النتيجة التي خلصت لها ، فإن النص على حكمها بالقصور والتناقض يكون في غير محله (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٢) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري لا يعلم أن يكون شريكاً على الشيوع في مجرى معد لرى يشق الأطنان المبيعة موضوع الشفعة ، فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك في الشيوع في جميع العقار المبيع برفضه إل مصاف الشريك على الشيوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٤ ص ١٠١٦) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الري التي ترونها ، فليس للشريك في ملكية الآلة وحدها أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، إذ هو ليس شريكاً في الأرض (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ١٨ ص ٥٧) - وانظر عبد المنعم البدر أوى بقرة ٣٨٩ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

ملك في الشيوع ، يكون غير نافذ في حق الشركاء المشتاعين الآخرين ، فلا يصبح المشتري مالكا على الشيوع معهم . وقررنا أنه لا يجوز لأحد من هؤلاء الشركاء المشتاعين أن يستعمل حق الاسترداد لهذا الجزء المقرز المبيع فيما لو كان جزءا مقرزا في مال منقول أو في مجموع من المال ، بل ولا يجوز أن يسترد من المشتري حتى الحصة الشائعة التي للشريك البائع في الجزء المقرز المبيع ، لأن حق الاسترداد إنما يكون في بيع حصة شائعة ولا يكون في بيع شيء مقرز . وما قررناه فيما يتعلق باستعمال حق الاسترداد هناك نقرره فيما يتعلق باستعمال حق الشفعة هنا . فلا يجوز لشريك في الشيوع أن يشفع في جزء مقرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر ، ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مقرز فيه . ويجب تفسير عبارة « إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » الواردة في المادة ٩٣٦ بند ب مدني فيما رأينا ، بأن لفظ « شيء » مقصود به حصة شائعة ، فيكون المقصود من عبارة « بيع شيء من العقار الشائع » بيع حصة شائعة في هذا العقار . وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع في جزء مقرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر ، كذلك لا يجوز للمشتري لهذا الجزء المقرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار بآعها شريك مشتاع . ذلك أن المشتري للجزء المقرز لا يصبح مالكا في الشيوع مع الشركاء المشتاعين كما سبق القول ، فلا يجوز له أن يشفع في حصة شائعة في العقار بآعها شريك مشتاع (١) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، ولا يحتاج عليه المشتري بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه للحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المقرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة (٢) .

- (١) نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩ .
 (٢) نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧ -
 وانظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣١ في الهامش - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٤ - إسماعيل غانم ص ٦٩ -
 عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٢١٣ - حسن كبيرة ص ٤ - ص ٥ - وانظر عكس ذلك وأنه تجوز الشفعة في بيع الجزء المقرز من العقار الشائع : محمد علي مرقعة ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥١ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٩٢ ص ٤٢٢ .

ويجب أخيراً أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي . فلو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله . لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . ذلك أن بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادراً إلى أجنبي لا إلى شريك مشتاع ، وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند ب مدني إذ تقول كما رأينا : « للشريك في الشيوع : إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » . هذا إلى أن المادة ٣/٩٣٧ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شافعاً . بمقتضى نص المادة السابقة . فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشيوع ، فضل على شافع هو مثله شريك في الشيوع لأنه شافع من طبقته . وإنما يأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذي اشترى هذه الحصة أجنبياً أي غير شريك في الشيوع ، لأن الشافع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشتري (١) . ولم يكن هذا الحكم المعقول هو السائد في عهد التقنين المدني السابق ولا في عهد قانون الشفعة السابق ، فقد كانت نصوص هذه التشريعات غير واضحة في هذا المعنى . وساد في عهدها الرأي العكسي الذي يجعل الشريك المشتري لا يتقدم على الشريك الشافع ، بل يتقاسمان الصفقة معاً . فكان لا يشترط إذن أن يكون بيع الحصة الشائعة صادراً إلى أجنبي كما اشترط ذلك صراحة التقنين المدني الجديد ، بل كان يجوز الأخذ بالشفعة من المشتري لحصة شائعة ولو كان هو نفسه شريكاً في الشيوع . وكان هذا الرأي العكسي يدعمه الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه ، كما كان يدعمه الفقه والقضاء ، وأقرته محكمة النقض في أحكام متعاقبة (٢) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تراحم الشفعاء .

(١) فلو كان المشتري جازاً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء في الشيوع ، ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ منه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة ، لأن البيع صادر لأجنبي ، ولأنه إذا كان الجار شافعاً فإن الشريك في الشيوع في طبقة أعلى من طبقته فيستطيع الأخذ منه بالشفعة .

(٢) نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ . مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩ .

وقد رأينا فيما تقدم أن الشرط الأول . لأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة بالشفعة هو أن يكون هناك عقار شائع . ونحدد الآن ما هو المقصود بالعقار الشائع . يشمل العقار الشائع أول ما يشمل . بطبيعة الحال . العقار المملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوع . ولكنه يشمل أيضا رقة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع . فتكون رقة العقار عقارا شائعا إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء في الشيوع . ويشمل أخيرا حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقة ، فيكون حق الانتفاع بعقار عقارا شائعا إذا كان هذا الحق مملوكا لعدد من الشركاء في الشيوع ^(١) . ويجب أن نميز تميزا دقيقا بين مالك الرقة باعتباره مالكا للرقة . وبين مالك الرقة باعتباره مالكا في الشيوع . فالملك الرقة باعتباره مالكا للرقة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في حق الانتفاع . ونص المادة ٩٣٦ بند ١ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لملك الرقة . إذا بيع كل حق الانتفاع الملبس لها أو بصفة » . أما مالك الرقة . إذا شفع في حصة شائعة في هذه الرقة لا في حق الانتفاع . فانه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيوع لعقار شائع هو الرقة . لا باعتباره مالكا للرقة . وإذا تقدم مالك الرقة يشفع في حق الانتفاع باعتباره مالكا للرقة كانت له المرتبة الأولى بين الشفعاء . أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في الرقة باعتباره مالكا في الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الأولى . ويجب كذلك أن نميز تميزا دقيقا بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع . وبين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في الرقة ، ونص المادة ٩٣٦ بند ٢ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع . إذا بيعت كل الرقة الملبسة لهذا الحق أو بعضها » . أما صاحب حق الانتفاع ، إذا شفع في حصة شائعة في حق الانتفاع

(١) أما أن كلا من حق الرقة في عقار وحق الانتفاع في عقار يعتبر عقارا ، فهذا ثابت بصريح النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدني : « يعتبر مالا عقارياً كل حق عني يقع على عقار » .

لا في الرقبة ، فانه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيوع لعقار شائع هو حق الانتفاع ، لا باعتباره صاحب حق انتفاع (١) . وإذا تقدم صاحب الانتفاع يشفع في الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع كانت له المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الثالثة .

(١) وهناك خلاف في الرأي فيما إذا كان لشريك المشتاع في حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي . فرأى يذهب إلى عدم الجواز ، لأن المادة ٩٣٦ مدني خولت الشريك في الشيوع حق الشفعة إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ، فالذي له الحق هو الشريك في الملك لا الشريك في الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد خول هذا الحق كما خوله مالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة هي جمع ما تفرق في حق الملكية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٩) . « ولوقصد القانون إعطاء الشريك في الانتفاع الحق في الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، وهو قد نص صراحة على حق المتفع في الشفعة إذا بيعت الرقبة . . وعلى حق مالك الرقبة في الشفعة إذا بيع الانتفاع للملابس لها . . ولكنه لم يذكر الشريك الذي له حصة في حق الانتفاع المبيع ، ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يجوز التوسع في النصوص الخاصة بها . ومن جهة أخرى فإن الشفعة لا تكون إلا طريقاً من طرق الملك ، وهي ليست طريقة لكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحاً (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٠ ص ٤٣١) .

ولكن الرأي السائد هو عكس الرأي المتقدم ، ويقول - كما قررنا في المتن - بأن لشريك في حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر لأجنبي ، لأن « عبارة الشريك في الشيوع تشمل الشريك في حق الانتفاع كما تشمل الشريك في حق الملكية ، لأن كليهما شريك في العقار المبيع ، والمصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشيوع متحققة في حالة الانتفاع كما هي متحققة في حالة الملكية . . وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة من طريق الشفعة ، ويكون الشفع في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار » (شفيق شحاتة فقرة ٢٤٦ ص ٢٦١) - وانظر في هذا المعنى : محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٠ - إسماعيل غانم ص ٦٨ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٢ - حسن كيرة ص ٣ . والذي أوجد اللبس في هذه المسألة : في رأينا ، هو عدم التمييز بين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع في الرقبة وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بتدبير مدني ، وبين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع كشريك مشتاع في حصة شائعة في حق الانتفاع وشأنه في ذلك هو شأن الشريك في الشيوع وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بتدبير مدني .

ويخلص من ذلك أمران : (الأمر الأول) أن رقة العقار التي انفصل عنها حق الانتفاع هي نفسها عقار ، وقد يملكها عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في هذه الرقة ، كان لها شفيعان : (١) شريك مشتاع في الرقة غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية .^(١) صاحب حق الانتفاع ، وهو الحق الذي انفصل عن الرقة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثالثة . فإذا تزامن هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع في الرقة وهو في المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع وهو في المرتبة الثالثة^(٢) . (والأمر الثانى) أن حق الانتفاع الذى انفصل عن الرقة هو نفسه عقار ، وقد يملكه عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفاع ، كان لها شفيعان : (١) مالك الرقة ، وهى الحق الذى انفصل عنه حق الانتفاع ، ويشفع مالكة باعتباره مالكا للرقة ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الأولى . (٢) شريك مشتاع في حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . فإذا تزامن هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم مالك الرقة وهو في المرتبة الأولى على الشريك المشتاع في حق الانتفاع وهو في المرتبة الثانية .

١٨٢ - صاحب حق الانتفاع : وتثبت صفة الشفيع ، في المرتبة الثالثة ، « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقة المملوكة لهذا الحق أو بعضها » (م ٩٣٦ بند ح مدنى) . ويخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع في الرقة ولذلك يأتى في المرتبة الثالثة كما قدمنا ، أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فانه يشفع فيها كشريك في الشيوع ويأتى في المرتبة الثانية شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشيوع كما سبق القول .

(١) وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ينزل الشريك في الشيوع إلى المرتبة الثالثة ويرفع صاحب حق الانتفاع إلى المرتبة الثانية ، فكانا إذا تزامنا في النقص الذى نحن بصدد ، قدم صاحب حق الانتفاع على الشريك المشتاع في الرقة ، على عكس ما قدمناه في المتن . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى ، عند الكلام في تزامن الشفعاء .

وقد تقدم الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في حصة شائعة في هذا الحق عند الكلام في شفعة الشريك في الشيوع (١) ، والذي يعيننا هنا هو الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في الرقبة (٢) . وتدرج في الفروض هنا ، كما تدرجنا في الفروض بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع (٣) .

فأبسط الفروض هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فاذا باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المبيعة ، فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة .

(١) أنظر آتفاً ققرة ١٨١ .

(٢) وقد ناقشت لجنة الأبتاذ كامل صدق أحقية صاحب حق الانتفاع في أن يشفع في الرقبة . فتسأل الرئيس « عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو أنصب حقه على جزء من العقار المبيع ، على أن يقصر حقه في الشفعة على جزء من ملكية الرقبة الذي ينصب عليه حقه في الانتفاع » . فرأى أحد الأعضاء « عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المتفع الوحيد ، وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وذلك ذمًا للمشاكل والصعوبات التي قد تعرض في مثل هذه الحالة » . وعارضه عضو آخر « فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنها تؤدي إلى التدخل في الملكية في حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعاقد يمس ملكية الرقبة ، وخاصة فإن حقه وهو في الأصل موقوف بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغير » . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنه يكاد في الواقع يكون معطوياً في مصر » . « وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة في الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع » ، وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هي مؤقتة وقابلة للتعديل ، إلا أنه يحسن عدم العدول عن الرأي الذي انتهت إليه اللجنة في الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع . ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً في التضييق من هذا الحق النص التالي عوضاً عن النص الذي أقرته اللجنة في الجلسة الأخيرة :

« ٣ - لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملبس لهذا الحق » . واقترح أحد الأعضاء الصيغة الآتية : « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة المملوكة لهذا الحق إلى أجنبي » . فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير . ثم عاد أحد الأعضاء إلى مناقشة هذا النص الأخير ، وانتهت اللجنة إلى الموافقة على النص الآتي : « ٣ - لصاحب حق الانتفاع في حالة ما إذا لم يقع البيع إلا على الجزء من الرقبة الملبس لهذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٧ - ص ٣٦٩ في الهامش) .

(٣) أنظر آتفاً ققرة ١٨٠ .

وهذا هو الغرض الذى أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة .
وفى فرض ثان أكثر تعقيدا يملك العقار شخصان فى الشيوع . ويرتبان
عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد ، فيصبحان مالكين لرقبة العقار فى
الشيوع ، وتفرض أن لكل منهما النصف . فإذا باع أحدهما النصف الذى
يملكه فى الرقبة ، كان لهذا النصف شفعان كما قدمنا (١) ، مالك النصف
الآخر للرقبة ويعتبر شريكا فى الشيوع وهو مقدم إذ هو فى المرتبة الثانية من
الشفعاء ، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الانتفاع وهو
نال فى المرتبة إذ هو فى المرتبة الثالثة بين الشفعاء . فإذا أخذ صاحب حق الانتفاع
النصف المبيع من الرقبة بالشفعة ، لم شتات ملكية العقار فى نصفه إذ يصبح
مالكا ملكية تامة لهذا النصف ، ويظل صاحب حق الانتفاع فى النصف الثانى
من العقار . فهذه على كل حال خطوة نحو لم شتات الملكية ، قد تتلوها خطوة
أخرى إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذى يملكه ، فيأخذه
بالشفعة صاحب حق الانتفاع فى هذا النصف من الرقبة باعتباره صاحب حق
انتفاع يشفع فى الرقبة ، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك باعتباره شريكا فى
الرقبة إذ قد سبق له أن شفّع فى نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا فى الشيوع ،
فيملك فى الحالين العقار كله ملكية تامة ، ويلم شتات الملكية على وجه كامل .
والفرض الثالث الأكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار
شخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين فى الشيوع (لكل منهما النصف
مثلا) ، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار . فإذا باع هذه الرقبة ، فلا شك فى
أن صاحبي حق الانتفاع لما أن يشفعا معاً فى الرقبة كل بقدر النصف ، فيصبحا
مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع
أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملبس للنصف الذى يملكه فى حق الانتفاع ،
فيصبح مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى النصف الآخر من
العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة وقد أصبح
الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف بالشفعة . وقد يعترض هذا
المشتري على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل
الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها . فى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار صاحب

نصف حق الانتفاع الذى أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر فى الرقبة منعاً لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف الرقبة الذى أراد أخذه . فإن أخذ صاحب نصف حق الانتفاع كل الرقبة ، أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا للرقبة فى النصف الآخر . وإن ترك الشفعة ، خلص لمشتري الرقبة حقه كاملاً فى الرقبة التى اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة ، وظل مالكا حق الانتفاع كما هما مالكين لهذا الحق فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

يبقى أن نستعرض فرضاً أخيراً ، هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلاً) . ويرتبان معاً حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد مالكي الرقبة النصف الشائع الذى يملكه فى الرقبة ، جاز للمالكى حق الانتفاع أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة ، ما لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على صاحبي

(١) وقد سبقت الإشارة إلى المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه : « . . . إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » (انظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحداً من المستفيدين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة . كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمستفيدين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن رأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط . وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه ، فتحت عندئذ أن يأخذ الشفع بالشفعة فى العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى . فرأى يقول بذلك ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ . بالرغم من حذفه (انظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وانظر فى المعنى الذى نقول به فى الفرض الذى نحن بصدده : محمد على عروة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك ووجوب العمل بالنص المخفوف : عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ .

حق الانتفاع (١) . كذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة ، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق ، جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذه معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملبس لحقه في الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة ، فيتحم عندئذ على هذا الشفيع إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (٢) .

١٨٣ - مالك الرقبة والمحتكر في الحكر : وثبتت صفة الشفيع .

في المرتبة الرابعة ، « لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » . وهذا السبب من أسباب الأخذ بالشفعة قد استحدثه التقنين المدني الجديد . فلم يكن معروفاً في التقنين المدني السابق ولا في قانون الشفعة السابق (٣) . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تقرير استحدثاته : « ويلاحظ ثانياً أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة ، فكل منها يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما في الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينهى بها حق الحكر

(١) وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع في حدود نصيبه فيه ، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته (م ٩٣٧ مدني - محمد علي عركة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٧) .

(٢) وتسرى الأحكام التي قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى ، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقين كما هو الأصل أو كان ذلك جائزاً على سبيل الاستثناء (م ٩٩٧ مدني) . ذلك أن المادة ٩٩٨ مدني تنص على أن « . . . تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لاتعارض مع طبيعة هذين الحقين » . أنظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ١٠ ؛ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ ص ٣١٤ - حسن كيرة ص ٢ .

(٣) أنظر في نفي حق الشفعة في الحكر في العهد السابق استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٧ ص ٨٤ - استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩٢ ص ١١٥ - مصر الكلية ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ - ولكن قارن استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم : ص ١٢٥ .

وهو حق غير مرغوب في بقاءه (١) .

ونلاحظ بادية ذي بدء أن الحقين اللذين يأخذ أحدهما بالشفعة في الآخر .
في أرض محكرة للمحكر رقبته والمستحكر حق المحكر فيها ، هما حق الرقبة
في هذه الأرض وحق المحكر فيها . أما البناء أو الفراس الذي يحدثه المحكر
في الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق المحكر (٢) ،
ولا يشفع فيه إلا بطريق الحوار كما سيأتى ، أو بطريق بيعه تبعاً لحق المحكر
ذاته فعندئذ يؤخذ حق المحكر وما يتبعه من بناء أو فراس بالشفعة .

واقترض الذى نحن بصددده هو أن أرضاً رتب عليها صاحبها حق حكر ،
فأصبح مالكاً لرقبة الأرض المحكرة وإلى جانبها المحكر صاحب حق المحكر .

- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ - وقد كان أحد أعضاء
لجنة الأستاذ كامل صدوق قد تسائل « عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة للمحكر » ،
فاجاب رئيس اللجنة « بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحكر ، لأن المحكر يفترض وجود
وقف » . وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المصرح بهم بالبناء على أرض الغير ،
واقترح منح هؤلاء حق الشفعة في الأرض التي أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا
الاقتراح . ثم قال أحد الأعضاء « إنه توجد في بعض الأحيان مباني غير صحيحة أقامها صغار
الملاك على أرض للغير ، ولأخذ أن التسليم بحق الشفعة في مثل هذه الحالات يحول دون رفع
المستوى الصحى في الحى كله . فرد الرئيس على هذه الملاحظة بأن رفع المستوى الصحى
للحى . . يجب أن يترك أمره لعناية الحكومة ، التي تملك فرض شروط صحية أو إصدار مراسيم
بتزج ملكية الحى كله أو بعضها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الهامش) .
- (٢) تنص المادة ١٠٠٢ مدنى على أن « يملك المحكر » أحدثه من بناء أو فراس أو غيره
ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق المحكر » . وقد عقبنا على هذا النص .
عند الكلام في حق المحكر ، بما يأتى : « ويتبين من النص المتقدم الذكر أن المحكر إذا بى
أو غرس في الأرض المحكرة ، كان البناء أو الفراس ملكاً له دون اتفاق على ذلك مع المحكر .
ويكون للمحكر في هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الآخر : حق عيى في الأرض المحكرة
وهو حق المحكر مالف الذكر . وحق ملكية تامة في البناء أو الفراس الذى أحدثه في العين
المحكرة . ويجوز له أن يتصرف في كل حق مستقلاً عن الحق الآخر . فيبيع مثلاً البناء
أو الفراس مع استبقاء حق المحكر ، ويجب على المشتري في هذه الحالة أجر مثل الأرض المحكرة
دون التفات إلى القيمة المقررة في عقد المحكر الأول . ويبيع حق المحكر مع استبقاء البناء
أو الفراس ، وفي هذه الحالة يكون عليه دو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق المحكر . ولكن
يغلب أن يتصرف في الحقين معاً ، فيبيع البناء أو الفراس مقترناً بحق المحكر ، ويعمل المشتري
في هذه الحالة مكانه في كل من المحكر والبناء أو الفراس » (الوسيط ٦ فقرة ٨٠٦) .

فاذا باع هذا الأخير حق الحكر ، كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة ، فينتهى بذلك حق الحكر غير المرغوب فيه ، ويلم مالك الرقبة شتات الملكية ويصبح كما كان مالكا للأرض ملكية تامة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة ، وينتهى هنا أيضا حق الحكر غير المرغوب فيه . وقد يكون هناك جار يملك الأرض الملاصقة للأرض المحكرة ، وتتوافر فيه شروط الشفعة بالنسبة إلى رقبة الأرض وبالنسبة إلى حق الحكر . فاذا أخذ مالك الرقبة حق الحكر . بالشفعة ، أو أخذ صاحب الحكر رقبة الأرض بالشفعة تقدم أى منهما على الجار الشفيع . إذا أراد هذا أخذ الحكر أو الرقبة بالشفعة . ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة بين الشفعاء ، أما الجار في المرتبة الخامسة كما سيأتى ، فيكون كل منهما متقدما في المرتبة على الجار وأولى منه بالشفعة .

ويلاحظ أخيرا أن الفرض الذى نحن بصدده - شفعة مالك الرقبة وشفعة المستحكر - تادر الحصول فى العمل . ويرجع ذلك إلى أن حق الحكر أصبح ، من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد ، لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدنى) . فضايق بذلك نطاق تطبيق الحكر ، وبخاصة بعد أن ألغيت الأوقاف الأهلية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فنجم عن ذلك انتهاء حق الحكر الذى كان مترتبا على الأعيان الموقوفة طبقا للمادة ١٠٠٨ / ٣ مدنى ، وهى الكثرة الساحقة من الأحكار . ولم يعد باقيا من الأحكار القديمة إلا تلك المترتبة على الأوقاف الخيرية وعلى الأعيان غير الموقوفة . ثم صدر القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، فأجاز بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف أن ينهى الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة ذلك . ويخلص من هذا أن الحكر قد أصبح الآن ، بفضل هذه التشريعات المتعاقبة ، ذا مجال ضيق محدود . فهو ، منذ صدور التقنين المدنى الجديد ، لا يمكن ترتيبه على أرض غير موقوفة . والأرض الموقوفة التى يمكن ترتيب حق الحكر عليها قد انحصرت فى الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . وحتى فى هذا المجال الضيق - الوقف الخيرى - يندر ترتيب

محكر جديد . وما هو قائم من أحكار قديمة يمكن إنهاؤه بقرار إداري (١) .
 وإذا كانت هناك أحكار قديمة مرتبة على وقف خيرى . أو فرض - وهذا
 نادر - أن يرتب فيما بعد حق حكر على وقف خيرى : فإن الوقف لا يجوز
 له أن يأخذ بالشفعة كما سيبنى . فإذا بيع حق المحكر المرتب على وقف خيرى ،
 لم يجوز لهذا الوقف أن يأخذه بالشفعة . ولكن إذا بيعت الأرض المحكرة الموقوفة
 وفقاً خيراً عن طريق الاستبدال : جاز لصاحب حق المحكر أن يأخذها
 بالشفعة ، فلم بذلك شتات الملكية ويصبح مالكا للأرض ملكية تامة . كذلك
 تجوز الشفعة في الأحكار القديمة ، المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على
 أرض غير موقوفة (٢) . فإذا بيع حق المحكر أو بيعت حق الرقة . في هذه
 الأحكار القديمة وهي في سبلها إلى الزوال : فإن لصاحب أى الحقن أن يأخذ
 الحق الآخر بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

١٨٤ - الجار المالك - أمراى نمر : وثبتت صفة الشفع ، في المرتبة
 الخامسة . « للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من
 المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى .

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٧٩٧ ص ١٤٤٢ - ص ١٤٤٣ .
 (٢) إسماعيل غانم ص ٧٠ - ص ٧١ - عبد المنعم فرج أصد فقرة ٢٨٠ ص ٤١١ -
 منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « كذلك نجد أن هذا السبب
 لا يستطاع الأخذ بالشفعة بمقتضاه على الأقل في شأن الأحكار المرتبة بعد نفاذ التقنين المدنى
 الجديد إذا بيع ملك الرقة . لأن الأصل أنه لا يجوز بيع ملك الرقة مادامت وقفاً . وإذا جاز
 في بعض الأحوال بيعها فذلك على أساس الاستبدال . وهو ما يؤدى إلى إنهاء صفة الوقف من
 الأرض المبيع ملك رقبياً . ومنى انتهت صفة الوقف عنها انتهى الحكر المرتب عليها ، وانتقل
 إلى الأرض البديلة عنها . فهنا لا يتصور إذن أن يأخذ صاحب الحكر بالشفعة الأرض المبيعة
 إذا بيع ملك رقبياً . ويؤخذ على ذلك أنه ليس من الضروري ، عند استبدال العين الموقوفة
 المحكرة ، أن يكون الاستبدال واقعاً على كل العين حتى يصح القول بأن الحكر ينتقل إلى الأرض
 البديلة عنها . ولكن يجوز - وهذا هو الأرجح عملياً - أن يقع الاستبدال على رقة العين المحكرة
 وحدها . فيبقى الحكر على العين الأصلية . وعندئذ يأخذ صاحب الحكر الرقة بالشفعة . ويكون
 ذلك قبل تسجيل عقد البيع (منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢) وانتقال ملكية العين
 الموقوفة إلى المشتري وصيرورتها ملكاً ، فلا تكون صفة الوقف قد زالت ويستتبع زوالها
 انتهاء الحكر .

(٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الاتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل ، (م ٩٣٦ بند ٥ مدني) (١) .

ونرى من ذلك أنه يجب مبدئياً التمييز بين المباني والأراضي المعدة للبناء من جهة ، والأراضي غير المعدة للبناء ويغلب أن تكون هي الأراضي الزراعية من جهة أخرى . فكل المباني القائمة فعلاً ، سواء كانت قائمة في المدن أو في القرى ، داخل حدود المباني أو خارجها ، تدخل في الطائفة الأولى . وتدخل في الطائفة الأولى أيضاً الأراضي التي لا تقوم عليها مبان فعلاً ولكنها تعتبر أراضي معدة للبناء . ويرجع في تحديد هذه الأراضي المعدة للبناء إلى الحرائط التي تعين حدود المدينة أو القرية (الكردون) (٢) ، فإذا كانت الأرض تدخل في نطاق هذه الحدود فهي أرض معدة للبناء ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتاً لغرض آخر كالزراعة . والأرض التي لا تدخل في نطاق هذه الحدود تعتبر أرضاً غير معدة للبناء ، وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها بالفعل لتكون أرض

(١) ولتجار في هذه الأحوال الثلاث أن يشفع في العقار إذا بيع ، حتى لو كان هذا العقار المبيع حصة شائعة في عقار مملوك لعدة شركاء على الشيوع ، ولم يطلب أحد الشركاء في الشيوع وهو مقدم على الجار أخذ الحصة الشائعة بالشفعة . ولا تتوقف شفعة الجار على نتيجة القسمة ، إلا إذا اقتسم المشتري العقار الشائع مع شركائه وأفرزت الحصة التي اشتراها فكانت غير مجاورة لعقار الجار ووقع كل ذلك قبل ثبوت حق الجار في الشفعة . أما إذا ثبت حق الجار في أخذ الحصة الشائعة بالشفعة ، فقد أصبح هذا الحق باتاً أيًا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . ذلك بأنه وقت بيع الحصة الشائعة كان شرط الجوار متوافراً ، وبقي متوافراً إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة . ولو وجب انتظار نتيجة القسمة ، فقد لا تطلب القسمة ويضيع على الشفيع حقه . أنظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٩ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ ص ٢٦١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٨ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٨٨ - وانظر عكس ذلك وأن حق الجار في طلب الشفعة يكون موقوفاً على نتيجة القسمة استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١١٣ ص ١٤٧ - على زكي العرايذ فقرة ٥٨ ص ٣٥ - ص ٣٦ .

(٢) استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٤٠ .

بناء فتعترف في هذه الحالة أرضاً معدة للبناء (١). فإذا استبعدنا المائى القائمة فعلاً والأراضى المعدة للبناء على التحديد الذى ذكرناه ، كان ما بقى من

(١) وكون الأرض غير الداخلة في نطاق « كردون » المدينة أو القرية تعتبر قد أعدت فعلاً للبناء فتكون أرضاً معدة للبناء مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم الذى اعتبر الأرض غير معدة للبناء . فلا يكتفى للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة ، قد أقام قضاؤه على أن المنطقة التى تقع فيها واسعة المساحة وغالبها متزرع ، وأن ما فيها من أبنية قليل ، فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدنى ١٠ يوفيه سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٣ ص ٦٣٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ في الهامش . محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢ - ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٢ ص ٢١٧ - ص ٢١٨ . والعبارة في الأرض المشفوع فيها بحالتها وقت بيعها ، فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضى غير المعدة للبناء ، حتى لو كان المشتري أو الشفيع مزمعاً أن يعمدها للبناء (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) .

والذى يعتد به بوجه عام هو إعداد ألبائع الأرض للبناء ، لإعداد المشتري لها . فإذا اشترى شخص أرضاً زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء ، فلا تثبت الشفعة إلا إذا توافر شروط الجوار من جهتين وشرط القيمة ، لأنها تعتبر أرضاً زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من أراضى البناء كما سيعددها المشتري (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤) . ومع ذلك إذا كانت الأرض معدة لتقسيمها إلى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمباني وانتشار العمران بالجهة التى هى فيها ، فإنها تعتبر أرض بناء ، حتى لو وصفت في عقد البيع بأنها أرض زراعية وقلدت مساحتها بالفدان وكانت مؤجرة للزراعة ولا يزال يدفع عنها المال باعتبارها أرضاً زراعية (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) . وقضى بوجوب اعتبار الأرض زراعية ، ولو عين لها ثمن عال قدر بالذراع لا بالفدان . مادامت الأرض واقعة خارج منطقة المباني بالقرية Agglomération hâtie (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٩) . وقضى بأنه يجب البحث عن تخصيص الأرض وعما إذا كانت توجد في منطقة بناء . وكلما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قريباً كافياً بحيث يمكن اعتبارها بالفعل ، إن لم يكن من الوجهة الإدارية ، جزءاً منها ، فإن الأرض تكون أرض بناء (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٤) . وقضى بأن العبارة في الأرض المعدة للبناء بالتخصص الحالى الناشئ . من موقعها في مدينة أو قرية ، لا بالتخصص الشخصى الذى قد يكون احتمالياً (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٩) . وكان قد قضى بأن لو كانت ميناهاوس لا تعبر داخلة ضمن دائرة المباني أو الأراضى المعدة للبناء في المدن أو القرى ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراض زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٩) .

الأراضي يعتبر أرضاً غير معدة للبناء - ويغلب أن تكون أرضاً مزروعة أو معدة للزراعة - وتدخل في الطائفة الثانية .

والشفعة في المباني والأراضي المعدة للبناء - وهذه هي الحالة الأولى للجوار - يكفي فيها مجرد الملاصقة : أما الأراضي غير المعدة للبناء . فالشفعة فيها لا تكون بمجرد الملاصقة . بل يجب أيضاً فوق ذلك أحد أمرين : إما أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاع بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها وهذه هي الحالة الثانية للجوار : أو أن تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وتساوى في الوقت ذاته نصف ثمن هذه الأرض الأخيرة على الأقل وهذه هي الحالة الثالثة للجوار . ونستعرض تفصيلاً كلا من هذه الأحوال الثلاث .

١٨٥ - الحالة الأولى للجوار - المباني والأراضي المعدة للبناء : يكفي

للأخذ بالشفعة . في هذه الحالة . أن يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متجاورين ، أي متلاصقين من جهة واحدة ^(١) . ولا يطلب أي شرط آخر ، كوجود حق ارتفاع أو التلاصق من جهتين أو قيمة معينة للعقار المشفوع به . فهذه الشروط إنما تطلب بالإضافة إلى التلاصق في الأراضي غير المعدة للبناء . أي في الحالتين الثانية والثالثة ، كما سبق القول .

أما في حالة المباني والأراضي المعدة للبناء . وهي الحالة الأولى التي نحن بصدددها . فيكفي التلاصق من جهة واحدة كما قدمنا . وإذا كان كل من العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه أرضاً معدة للبناء . فالتلاصق يكون بين

(١) ويجب أن يكون التلاصق موجوداً وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة (استئناف مخطوط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥) . وعلى الشفيع إثبات ذلك (استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) . ويجوز الرجوع في الإثبات إلى عقد تملك الشفيع ولو لم يكن له تاريخ ثابت ، كما يجوز إثبات ذلك بالمعينة . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التملك بحصول القسمة . وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بحجزه من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة ، وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم . فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا ينفع على من لم يقم به (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٣ رقم ٤٢ ص ٨٧ - وانظر نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جرد أول ص ٧٠٦ رقم ٣) .

الأرضين بداهة . وإذا كان كل من العقارين . أو كان أحدهما . بناء مقاماً على أرض كترل مقام على أرض بعضها حديقة للمترل أو فناء له . فالتلاصق هنا أيضاً يكفي أن يقوم بين الأرض المقام عليها البناء والأرض الأخرى سواء أقيم عليها بناء أو كانت أرضاً فضاء (١) . أما إذا كان الشفيع يشفع بينه بملكه دون الأرض المقام عليها البناء ، كأن كان مستأجراً للأرض وأقام عليها بناء (٢) ، فإن البناء المشفوع به نفسه . وليس الأرض وحدها . يجب أن يكون ملاصقاً للعقار المشفوع فيه . فإن كان هذا العقار المشفوع فيه ذو أيضاً بناء بيع وحده دون الأرض التي أقيم عليها ، وجب أن يقوم التلاصق بين البنائين نفسيهما . ويتحقق ذلك إذا قام بينهما حائط فاصل سواء كان هذا الحائط مشتركاً أو غير مشترك (٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ .
(٢) أنظر في الفرق بين المستأجر والمحتكر نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٠ رقم ٣٠ .
(٣) وقد فرضنا فيما قدمناه أن ملكية الأرض منفصلة عن ملكية البناء . وقد يكون صاحب البناء له حق القرار على الأرض بموجب حق عيني ثبت له في الأرض ، كحق انتفاع أو حق حكر فإذا فرضناه شفعاً ، كان له أن يشفع بالبناء الذي يملكه دون الأرض كما قدمناه . وكان له أيضاً أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له في الأرض وهو حق عيني في عقار فيكون عقاراً متميزاً عن رقة الأرض . وهو في الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معاً ، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له في الأرض . فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض . فيكون أن تكون الأرض ، دون البناء ، هي الملاصقة للعقار المشفوع فيه . وإذا كان يشفع في بناء بيع دون الأرض ، وكان لهذا البناء حق القرار على الأرض بموجب حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشفع في هذه الحالة في البناء مقترناً بحق الانتفاع أو بحق الحكر ، فتكون ملاصقة عقاره الذي يشفع به للأرض المقام عليها البناء المشفوع فيه .

أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - ص ٤١٤ - حسن كيرة ص ٦ - ص ٧ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٨ (حيث يذهب إلى أن صاحب حق الانتفاع لا يشفع في العقار المجاور له) .

وإذا قام شخص بناء على أرض اشتراها قبل أن يسجل عقد شرائه ثم سجل عقد الشراء ، فيفضل الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين الذي نقول به (أنظر مايل فقرة ١٨٩ في الهامش) يعتبر مالكا للأرض ، بالنسبة إلى المشتري المشفوع ضده ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل . ومن ثم يكفي أن تكون الملاصقة قائمة بين العقار المشفوع فيه والأرض التي اشتراها وأقام عليها البناء ، دون هذا البناء نفسه .

ويمنع التلاصق على الوجه المتقدم أن يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع (١). فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام ، لم يتحقق التلاصق (٢). أ. إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما ، فإن التلاصق يتحقق (٣) ، ولا يحول دون تحقق التلاصق في هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاق على الترعة أو المصرف أو الطريق ، فإن حق الارتفاق لا يمنع أن يبقى صاحب العقار مالكا لعقاره (٤). وإذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير ، أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم

(١) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٢ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٠ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين ، إذ يكون الجوار متحققاً من الجهتين (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت السكة الزراعية الفاصلة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها مملوكة لصاحب الأرضين مناصفة ، فإن الجوار بين الأرضين يكون قائماً (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٢ ص ٤٨٤) . وقضت كذلك بأن المصرف الذي يفصل بين جارين لا يعتبر منه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين ، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالتلاصق قائم (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥) . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٧ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٢١ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٨٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود مصرف في العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين العقار المشفوع به ، ويخصص للمصرف مياه أراض أخرى ، لا يمنع قيام حالة الجوار بين العقارين بالمعنى المقصود في الشفعة ، فإن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المصرف لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل هي تقال جزءاً من العقار . فالحكم الذي يعتبر وجود مثل هذا المصرف مانعاً من التلاصق المشروط في الشفعة ، مجرد عمله بحق ارتفاع الميراث بما يستحيل منه إزالته . يكون خاطئاً (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢) .

يشملها البيع ، فإن التلاصق لا يتحقق (١) . وقد يفتح ذلك باب التحايل لمنع الشفعة ، فيقتطع البائع من الأرض المبيعة شريطاً هو الملاصق للعقار المشفوع به والممتد على طول حده المجاور ، فيحتفظ بملكيته ولا يدخله في البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والشفوع فيه ، أو يهبه للمشتري منعاً للشفعة أيضاً . وقد أجاز هذا النوع من التحايل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ، بدعوى أن الشفعة حق ضعيف (٢) . ولكن الصحيح أن التحايل على القانون لا يجوز ، فإذا فعل البائع شيئاً من ذلك ، جاز للشفيع أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات ، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ٢٤ ص ٢٣٢ .

(٢) أنظر أيضاً في معنى جواز التحايل : استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٥٩ - دشنا ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ - استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التحايل لإبطال الشفعة مناقض للفرض المقصود منها . لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . فإذا ما أجاز التحايل لإبطالها ، كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع ينحق الضرر الذي قصد إبطاله ، فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه . واستخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشترها التحايل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة ، هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون معقب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل ما قصده الحكم بالنقض أو التلخيص الذي أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون ، وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سببه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التي أوردتها ، فإن النعي عليه بالقصور أو مخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨) - وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يمنع الشفعة أن يترك البائع جزءاً من الأرض المبيعة لا يدخله في البيع تحايلاً لإسقاط الشفعة (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥) - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٩ - استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ - استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٤١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٨ - محمد كامل مرسي ٢ ص ٢٤٢ - ٢٤٧ ص ٢٤٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٨ - إسماعيل غانم ص ٧٢ - محمد علي عريفة ٢ فقرة ٢٤٩ - عبد الثم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٢ - منصور مصطوف منصور فقرة ١٢٢ ص ٣١٦ - حسن كبرة ص ٦ .

فاذا كان العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقين على النحو الذى فصلناه ، فإنه يكتفى لتحقيق التلاصق أن يكون قائما بين العقارين بأى امتداد مهما صغر ، ولو كان بشبر واحد . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لما كان الشارع قد استمد شفعة الحار من فقه الحنفية مكرلا بما أورده فى النص من شروط . وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكتفى ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة . لما كان ذلك . فإنه يكون مخالفا للقانون والمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الحار أن يضيف الحكم إلى القيود التى أوردها النص قيدا لم يرد فيه ، بأن يشترط لثبوت شفعة الحار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، فى حين أن المقرر فى قواعد التفسير ألا مساعى للاجتهاد فى مورد النص وأن المطلق يجرى على إطلاقه (١) .

والتلاصق ، بأى امتداد مهما صغر . يكتفى أيضا أن يكون من جهة واحدة ما دام العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . والمتباد أن يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية . أى يكون إلى جانبه فى أية جهة من جهاته . ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية . فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - وانظر فى هذا المعنى محمد على عروة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٥ ص ٣٤٨ وفقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٥ ص ٤١٢ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ - حسن كيرة ص ٥ .

وانظر رأيا مخالفا يذهب إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه ، وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة ؛ محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ وفقرة ٢٢٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٧ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢٠٧ . وعيب هذا الرأى واضح ، فهو يفتح الباب لتحكم ، ولاشك فى أنه إذا أعطى للقاضى حق تقدير متى يكون الامتداد كافيا فإن الأتظار تختلف فى ذلك ، وقد تعطى الشفعة محكمة وتمنعها محكمة أخرى . ولذلك رجعت محكمة الاستئناف الفخامة عن هذا الرأى ، واكتفت بأن ملاصق مهما صغر (استئناف مختلط : يونيو سنة ١٩٥٥ م ٧ ص ١٦١)

أو في أسفله . وهذا يتحقق في ملكية الطبقات (١) . ففي البناء دى الطبقات المتعددة المملوكة لملاك مختلفين . تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها . وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كذلك . وهكذا . فيجوز إذن أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات في الطبقة التي هي فوقه مباشرة وفي الطبقة التي هي تحته مباشرة . لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين : الطبقة الأعلى في أسفلها والطبقة الأدنى في أعلاها (٢) . بل إن صاحب الطبقة وهو الحار الرأسي أولى بالشفعة من الحار المعتاد وهو الحار الجانبي . إذ أن الأول يرجع الثاني بأنه فوق ملاصقته للعقار المشفوع فيه شريك أيضاً في الشيوع في الأجزاء المشتركة للعقار كالسلم والباب الخارجي والقناء وما إلى ذلك (٣) . بل إننا نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقيم شفعة أصحاب الطبقات لا على مجرد الحوار الرأسي ، ولكن أيضاً على الشركة في الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض ، والأرض تعتبر ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ٨٥٦ / ١ مدني صراحة في هذا المعنى على أنه « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض » . فصاحب الطبقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة في

(١) وقد نصت المادة ١١٣٠ / ٢ مدني عراق على ما يأتي : « وإذا كان السفلى والعلو لشخصين مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر » .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٢٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١ - محمد علي عركة ٢ فقرة ٢٤٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وترتيباً على ذلك إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين للمالكين مختلفين ، فإن لكل منهما أن يشفع في عقار الآخر ، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض ، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء (عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . وترتيباً على ذلك أيضاً ، إذا أهدم العلو الذي له حق القرار على السفلى ، فإن حق القرار نفسه يكون عقاراً ملاصقاً للسفل ، فإذا بيع حق القرار هذا شفع فيه صاحب السفلى ، وإذا بيع السفلى شفع فيه صاحب حق القرار (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢١٥) . وترتيباً على ذلك أخيراً ، إذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، وبيعت الطبقة الوسطى شفع فيها كل من صاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى ، أو بيعت الطبقة العليا أو الطبقة السفلى شفع فيها صاحب الطبقة الوسطى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٦) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عركة ٢ فقرة ٢٥٢ ص ٤٢٤ .

الأرض التي أقيمت عليها طبقته ، فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض ، في الطبقة التي يبعث (١) . والشيوخ هنا أقوى من الشيوخ العادي . فهو شيوخ إجباري لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره ، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصوا جزئيا . وإذا أخذ بوجهة النظر هذه ، ترتب على الأخذ بها أن صاحب الطبقة يكون شفعيا في كل الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لطبقته فهو لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكاً في الشيوخ في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات (٢) .

١٨٦ — الحالة الثانية للجوار — لأرض الميعة أو عليها من ارتفاع

لأرض الجار: وفي هذه الحالة نواجه أراضى غير مبنية وغير معدة للبناء ، وهي — أكثر ما تكون — أراضى زراعية . ويجب بادئ ذي بدء ، لجواز الأخذ بالشفعة هنا ، أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين . وقد بسطنا القرائن في شرط التلاصق في أراضى البناء ، وينطبق هنا ما قلناه هناك .

ولا يكتفى التلاصق هنا ، وكان يكتفى في المباني وفي الأراضى المعدة للبناء كما سبق القول . بل يجب في هذه الحالة الثانية أن تكون هناك صلة أخرى بين الأرضين فوق التلاصق ، هي أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها . أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها (٣) . فيرتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في

(١) ولعل هذا المعنى يمكن أن يستفاد مما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدق ، إذ أشار الرئيس إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأي ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الهامش) .

(٢) قرب من هذا الرأي محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ — وقد نصت المادة ٢٣٩ (٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يثبت الحق في الشفعة . . . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق » .

(٣) ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة ، فإن قيام حق الارتفاق وحده ينفي عن كل ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لقيام الحكم القاضي بالشفعة أن يثبت جوار الشفع في حد واحد بقطعة أرض عليها حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، دون الاعتداد في هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع فيها (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

الفرضين ، وإما أن تتخلص الأرض المشفوع بها مما عليها من حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها في الفرض الأول ، أو تتخلص الأرض المشفوع فيها من حق الارتفاق الذي عليها للأرض المشفوع بها في الفرض الثاني (١) .
وقائدة الشفع في أن تتخلص أرضه من حق الارتفاق الذي عليها في الفرض الأول واضحة . وكذلك له فائدة في أن يزول حق الارتفاق الذي لأرضه على الأرض المشفوع فيها في الفرض الثاني ، إذ يصبح مالكا للأرض المرتفق بها وتزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى (٢) .

وحق الارتفاق الذي يكون لأرض على أخرى ، فيسوغ الأخذ بالشفعة ، قد يكون مصدره الاتفاق . فيجوز الاتفاق بين صاحبي أرضين متلاصقتين على أن يكون لإحدهما حق ارتفاق على الأخرى ، كارتفاق بالشرب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يسوى في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها وللأرض المشفوع بها ، فلا جدوى من الطعن في الحكم بمقولة إنه أخطأ في التقرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفع على الأرض المشفوع فيها ، في حين أن الثابت هو أن حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها على أرض الشفع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣١٠ ص ٦١٥) ..

(٢) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٦ - وقد حاول بعض أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقي اشتراط أن يكون حق الارتفاق الذي يبيع قيامه الأخذ بالشفعة ذا أهمية حيوية . فعندما استطرد رئيس اللجنة قائلا إن الأمر يقتضي بحث الفقرة (ب) التي تقرر حق الشفعة للجار في حالة وجود حق ارتفاق ، وطلب إلى الأعضاء الإدلاء بملاحظاتهم بشأن هذه الفقرة ، قال أحد الأعضاء « إن كثيراً من حقوق الارتفاق غير ذي أهمية ، لذا فالرأي عنده أن يقصر منح حق الشفعة على الحالات التي يوجد فيها حق ارتفاق على جانب من الأهمية عظيم » . وأضاف عضو آخر « أنه لما كان مرد حق الشفعة في هذه الحالة مصلحة اقتصادية ، فن المتعين أن يكون حق الارتفاق الذي يستند إليه الشفع في استعمال حقه في الشفعة ذا أهمية حيوية ، وساق لذلك مثلاً حق ارتفاق الشرب والمسيل » . وأيد عضو ثالث هذا الرأي « مقترحاً النص على أن يكون حق الارتفاق هاما أو ذا منفعة جدية » . وسأل أحد الأعضاء « عما إذا كان المراد استبعاد حقوق الارتفاق في المدن ، وقصر حق الشفعة على حالات الارتفاق في القرى » . فأجاب رئيس اللجنة « بأنه لا محل لهذه التفرقة ، بل لا محل في رأيه للتمييز بين حقوق الارتفاق تبعاً لأهميتها ، إذ أن هذا التمييز سيكون مصدراً لمنازعات وصعوبات جمة ، إذ سيطلب إلى القضاة تقدير أهمية حق الارتفاق في حالات الشفعة هذه ، واتوقع أن قيام حق ارتفاق كافٍ في ذاته » . فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأحكام التحضيرية ٦ ص ٣٦٨ في الهامش) .

أو بالمجبري أو بالصرف أو بالمرور (١) . وقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصلي (٢) أو التقادم ، وأيا كان المصدر فثمة حق ارتفاق يجيز الأخذ بالشفعة . ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر ، وقد سبق بيان هذه القيود تفصيلاً عند الكلام في القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . فالقيود المتعلقة بالرى من شرب ومجرى ومسيل ، والقيود المتعلقة بالمطلات المواجهة أو المنحرفة ، وحق المرور القانوني ، كل هذه قيود قانونية . وقد رأينا أن هناك رأياً يذهب إلى أنها حقوق ارتفاق قانونية . وأيا كان تكييفها ، وسواء اعتبرت قيوداً قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ، فإن قيام أى منها يسوغ الأخذ بالشفعة (٣) .

ولا مانع من أن يتحقق التلاصق بين العقارين في نفس المكان المقرر عليه حق الارتفاق (٤) . كذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقرراً مثله أيضاً

(١) وقد قضى بجواز الأخذ بالشفعة متى كان كل من صاحبي الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا على عملها على حسابها ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فإن كلا منهما في انتفاعه بالمرور إنما يستعمل حق ملكيته في النصف المجاوز لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) .

(٢) وقد قضى بأن رى عقارين من مسقاة واحدة أنشئت بتخصيص المالك الأصلي ، وقيام حق ارتفاق بالرى بعد تقسيم العقارات ، من شأنه أن يسوغ استعمال حق الشفعة بأحد العقارين في المقار الآخر (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١) .

(٣) أنظر في هذا المعنى عبدالمتم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٥ - ٤١٦ .

(٤) وقد قضى بأنه لا يوجد قانوناً ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذي يتوافر به الجوار (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضى أيضاً بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسقاة الخاصة الفاصلة بين أرض الشفع والأرض المشفوع فيها مملوكة متنافسة للثنين ، مما يفيد أن حق ارتفاق الرى المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التي يدخل فيها نصف المسقاة ، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - وانظر في المعيار الذي يؤخذ به لمعرفة ما إذا كانت التربة تربة عامة أو تربة خاصة نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٢٢٣ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٦ .

لمصلحة أراض أخرى . فإذا كان هناك حق صرف أو حق مرور مثلا مقرر لمصلحة عدة أراض على أرض الشفع ، ويبت إحدى هذه الأراضي ، فإن للشفع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن حق الارتفاق يبقى قائما على أرض الشفع لمصلحة الأراضي الأخرى التي لم يجر بيعها . ذلك أن الشفع ، إذا لم يتخلص في هذه الحالة من حق الارتفاق تخلصا كليا ، فقد تخلص منه تخلصا جزئيا ، وهذه على كل حال خطوة نحو التخلص منه نهائيا . وكذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع فيها لمصلحة الأرض المشفوع بها مقررا مثله لمصلحة أراض أخرى ، فإن الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أيضا ، إذا كان لا يقضى حق الارتفاق قضاء كليا ، فهو على كل حال خطوة نحو تحقيق ذلك (١) .

وإذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، وكان المبرر للأخذ بالشفعة في هذا القرض هو قضاء حق الارتفاق ، فإن هذا المبرر يزول إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق لمصلحة الشفع . فإذا كانت الأرض المشفوع بها محملة بحق مرور مثلا لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فإن المشتري لهذه الأرض الأخيرة ، وقد انتقل إليه حق المرور مع الأرض المبيعة ، يستطيع أن يتزل عن هذا الحق فيزول ، ولا يعود هناك مبرر للشفع في الأخذ بالشفعة ، فيسقط حقه في ذلك (٢) . والمقرر في هذا

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن اشتراك الغير في الانتفاع بحق الارتفاق الذي للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يحرم الشفع من التمسك بحق الارتفاق المطالبة بالشفعة ، لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على الأرض المشفوع فيها مقررا لمصلحة أرض الجار دون غيرها ، أو أن يكون حق الارتفاق الذي على أرض الجار مقررا لمصلحة الأرض المشفوع فيها وحدها (نقض ملق ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وانظر أيضاً نقض ملق ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢ - استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) - وانظر أيضاً في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ وقرة ٢٣٧ - محمد علي عروة ٢ فقرة ٢٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف وطني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ =

الشأن أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له هذا الأثر إلا إذا وقع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنزول المشتري عن حق الارتفاق من أثر ، لأنه لا يستطيع بعمله وحده أن يغير من النتائج القانونية التي تترتب على رفع الدعوى فيحرم الشفع من حق الشفعة ، وهو حق أقره له القانون وقام هو بالمطالبة به ^(١) . وهناك رأي يذهب إلى أن نزول المشتري عن حق الارتفاق ينتج أثره ويسقط حق الشفع حتى لو وقع بعد رفع دعوى الشفعة ، بشرط أن يقع قبل صدور الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري ، إذ يشترط للأخذ بالشفعة أن يظل سببها قائماً من وقت صدور البيع إلى أن يحكم بها أو يسلم بها المشتري ^(٢) . وعندنا أن حق الشفع يثبت بمجرد

= ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ .

وقد اكتفى في لجنة الأستاذ كامل صدق بما استقر عليه القضاء في هذا الشأن . إذ لما استفسر أحد الأعضاء « عما إذا كان من المتحسن أن يضاف إلى النص الذي تمت الموافقة عليه ما يفيد سقوط حق الشفعة في حالة التنازل عن حق الارتفاق قبل رفع الدعوى ، ولفت النظر إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٩٢١ جاء فيه أن تنازل المشفوع ضده أثناء سير الدعوى عن حق الارتفاق المقرر له على أرض الجار لا يترتب عليه رفض طلب الشفعة » ، قال رئيس اللجنة إنه يرى إدخال هذه الإضافة . « وبعد مناقشة استقر رأي اللجنة على عدم الأخذ بها ، اكتفاء بالرأي الذي جرى عليه القضاء في هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ في الهامش) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن البحث فيما إذا كذب التنازل بعد رفع دعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أولاً يسقطه مجاله أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون . ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقاً لقانون الشبر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذي حصل التنازل وقت سريانه . ولا يفتى عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق في الدعوى بعد رفعها (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٤ ص ١٢٠١) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٣١٨ - ص ٣١٩ .

إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشتري في البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة . وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانوني ترتب مباشرة على إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . ومقتضى هذا النظر أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له أثر في إسقاط حق الشفيع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة (١) .

١٨٧ - الحالة الثالثة للحوار - أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة

من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :
وهنا أيضاً نواجه أراضى غير مبنية ولا هي معدة للبناء ، وهي أكثر ما تكون أراض زراعية . وقد حل محل شرط قيام حق الارتفاق ، الواجب توافره في الحالة الثانية ، شرطان يجب توافرها في هذه الحالة الثالثة : (١) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين . (٢) كون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة . ونبحث كلا من هذين الشرطين :
(الشرط الأول) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين :
لا يكفي هنا ، في هذه الحالة الثالثة كما كان ذلك كافياً في الحالتين الأولى والثانية ، ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهة واحدة ، بل يجب الملاصقة من جهتين . وهذا من شأنه أن يوثق صلة الحوار ما بين الأرضين ويقوم ، إلى جانب قيمة أرض الشفيع ، مقام حق الارتفاق في توثيق صلة

(١) أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هي التي لها حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ، وعرض المشتري أن ينهي حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التي يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يطلب المشتري مقابلاً للأرض التي ينزل عنها للشفيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الشفعة سبباً لكسب الملكية وتثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشتري التنازل عن أرض المساقاة التي يدعى الشفيع أن له ارتفاقاً عليها مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع ، إذ لا سند في القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٨ رقم ١٧) .

الحوار في الحالة الثانية . فالملاصقة من حد واحد إذن لا تكفي : ولو كانت في نقطتين من هذا الحد (١) . بل ولو كانت على طول هذا الحد الواحد بأكمله (٢) .

فيجب إذن أن تكون الملاصقة من جهتين أو من حدين (٣) . والمقصود بالجهة أو الحد جهة من الجهات الأصلية الأربع : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب . وليس يلزم أن تكون الجهتان الواجب الملاصقة فيهما متجاورتين . بل يصح أن تكونا غير متجاورتين . فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب ، يجوز أيضاً أن تكون من الشرق والغرب

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - محمد علي عركة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - وقد قضى بأنه إذا كان الشفيع جاراً من حد واحد منكسر أو منحني ، فإن هذا لا يغير من وضعه من أنه جار من حد واحد فقط ، وإن كانت الملاصقة في نقطتين من نفس الحد (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٤٢ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نازع المشتري في جوار ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين ، فقضت محكمة الموضوع بعدم جدية هذه المنازعة استناداً إلى إقرار المشتري الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاور القدر المبيع من الحدين الشرق والغربي ، وإلى تسليم المشتري بهذا الحوار في صحيفة دعوى التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها ، وإلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التي تجاور الأرض المشفوع فيها من حدين ، فإن هذه الدلائل التي أوردها الحكم كافية لحمل قضائه على هذا الخصوص (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٤ ص ٥٠٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبل والشرق مثلاً) ، بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرق يرتد أثره إلى تاريخ العقد - فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ويلاحظ في شأن هذا الحكم أمران : (١) ما سبق أن ذكرناه في الجزء الرابع من الوسيط من أن لتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ٥٢٨ . (٢) يبدو من وقائع القضية أن الشفعة قد شغمت بأرضين يجاور كل منهما الأرض المبيعة في حد واحد ، وكان يكفي أن ترفض دعوى الشفعة لهذا السبب ، إذ أن الشفعة يجب أن تشفع بأرض واحدة تجاور الأرض المبيعة في حدين كما سبق القول) .

أو من الشمال والجنوب^(١) . وتكنى الملاصقة ، في كل من الحدين ، في نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد ، فلا يلزم أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه^(٢) . والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض الميعة ، فإذا لاصقت الأرض الميعة أرض الشفيع في جهتين منها فقد توافر الشرط ، حتى لو كانت الملاصقة في جهة واحدة فقط من الأرض الميعة^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٢) أنظر ما قدمناه آنفاً في الملاصقة في أراضي البناء فقرة ١٨٥ - وانظر نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٢ - محمد علي عركة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٠ - وانظر عكس ذلك وأن الملاصقة يجب أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة الأولى من قانون الشفعة (المادة ٩٣٦ من التقنين المدني الجديد) بنصها على جواز الشفعة « إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل » قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبارة في تقرير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض الميعة ، إذ هي قد أسدت الملاصقة إلى أرض الشفيع ، واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساوياً لنصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل . وهذا وذلك يقطعان في أن الشارع قد ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض الميعة ، مما يقتضي القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضاً وصف وارد على أرض الشفيع لا على الأرض الميعة . ويؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار ، ومقتضى هذا أن هذا الجار المقصود به الضرر منه هو الذي تكون جيرته محل الاعتبار (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم : « ومن حيث إن المطعون ضده الأول (الشفيع) والطاعنين (المشفوع ضلعهم) قد اختلفوا في تحديد جوار المالكين ، الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها . فالأول يقول إن أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين هما الحد الغربي والحد القبلي ، والآخرون يقولون إن أرضهم هي التي تحد الأرض المشفوع بها من جهتين الشرقية والقبلية ، أما أرض المشفوع بها فإنها تقع في الزاوية البحرية الشرقية للأرض الشائع فيها المقدار المشفوع فيه ، أي أن أحدهما من هذه الناحية منكسر ، وهي بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها إلا من جهة واحدة هي إما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية . . ومن حيث إنه يبين من أوراق الدعوى المقدمة من الطاعنين أنفسهم أن أرض الشفيع تجاور الأرض المشفوع فيها من جهتين هما كل الحد الغربي لأرض الشفيع وكل حدما القبلي ، فتكون الشفعة في هذه الحالة جائزة ») - وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٢ -

ويجب أن يلاصق الشفع . في حدين من حدود أرضه الواحدة ، الأرض المبيعة . فلو لاصقها في حد واحد من حدود أرض مملوكة له ، وفي حد واحد آخر من حدود أرض أخرى مملوكة له ، لما جازت الشفعة . إذ يجب لجوارها أن يلاصق الشفع بأرض واحدة - لا بأكثر - الأرض المبيعة ، ويلاصقها في حدين من حدود الأرض الواحدة التي يشفع بها (١) على الوجه الذي سبق بيانه .

(الشرط الثاني) كون أرض الشفع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة : وقد كان هذا الشرط غير مطلوب في التقنين المدني السابق . فكان بعض الناس يضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة ، فيشترون قطعاً صغيرة من الأرض في وسط أراض واسعة . ويتربصون ، حتى إذا بيعت أرض مجاورة لأرضهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن بأن يطلبوا الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم يسامون ويتزلون عن حق الشفعة في نظير مبلغ من المال (٢) . فاشترط قانون الشفعة السابق أن تكون أرض الشفع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، للحد من هذه المساومات والمضاربات . وانتقل هذا الشرط إلى التقنين المدني الجديد (٣) .

= أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٦ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - ص ٤١٨ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الشفع يجاور الأرض المبيعة من جهة بأرض مملوكة له ، ويجاورها من جهة أخرى بأرض غير الأرض الأولى بصفته شريكاً في الشيوع فيها ، فلا شفعة ، لأن الشفعة ، لا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفع بعقارين منها (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٢٤) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٣١٩ - حسن كبيرة ص ٧ - ص ٨ .

(٢) وقد أشير إلى هذه المساومات في لجنة الأستاذ كامل صدق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦١ في الهامش) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة ، لأن هذا هو الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة بما فيها قيمة أرض الشفيع (١) . أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة ، فالعبرة بالثمن الحقيقي الذي بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية ، لأن هذا هو صريح النص ، ولأن هذا هو الثمن الذي يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة (٢) . أما مساحة كل من الأرضين فلا يعتد بها ، فقد تكون مساحة أرض الشفيع ضعف مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذي اشترت به الأرض المبيعة ، فلا يجوز في هذه الحالة الأخذ بالشفعة (٣) .

وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة في أرض مجاورة للأرض المبيعة ، فالعبرة بقيمة كل الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة ، لأن الأرض المشفوع بها تكون في هذه الحالة هي كل الأرض الشائعة (٤) . أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء في الشيوع دون الباقي ، فالعبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها لا بقيمة كل الأرض ، لأن هذه الحصة الشائعة تكون في هذه الحالة هي الأرض المشفوع بها (٥) .

- (١) أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .
 (٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - ص ٤١٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٢٠ - حسن كيرة ص ٧ - وهناك رأي يذهب إلى أن العبرة بالقيمة الحقيقية للأرض المبيعة ، لا بالثمن الذي اشترت به (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠١ ص ٤٢٩) .
 (٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ .

- (٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ .
 (٥) استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ - حسن كيرة ص ٧ - وانظر عكس ذلك وأن العبرة بقيمة كل الأرض الشائعة ولو لم يضبب الشفعة إلا أحد الشركاء في الشيوع : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ .

(ب) الشروط الواجب توافرها في الشفع

- ١٨٨ - يبين هذه الشروط : يجب ، حتى يستطيع الشفع الأخذ بالشفعة ، أن تتوافر فيه الشروط الآتية :
- (١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حتمه في الشفعة (١) .
- (٢) أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة .
- (٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه .
- (٤) ألا يكون وقفا .

١٨٩ - الشرط الأول - الشفع مالك للعقار المشفوع به من وقت

بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حتمه في الشفعة : يجب أولا أن يكون الشفع مالكا للعقار المشفوع به (٢) . فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر (٣) ، وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو لرقبة العين المحتكرة أو لحق الحكر . وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على

- (١) وتنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٢٢ من قانون عراقى على ما يأتى :
- ١ - لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع .
- ٢ - ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقارا مملوكا ، وأن يكون بيعه قد تم قانونا .
- ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكا للشفع وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى مملوكا له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضى عليها - وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٦ شباط سنة ١٩٤٨) على ما يأتى : « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٤٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند المشترى » .
- (٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحامية ٣١ رقم ١٦٤ ص ٥٤٩ .
- (٣) ويلاحظ أن من يشفع برقبة في حق انتفاع أو في حق حكر ، ومن يشفع بحق انتفاع أو بحق حكر في رقبة ، يجب أن يكون مالكا للرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر . وكذلك الشريك في الشيوع يجب أن يكون مالكا لحصة شائعة في الملك التام أو في الرقبة أو في حق الانتفاع أو في حق الحكر . أما الجار ، فيجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به ملكية تامة ، أو على الأقل يملك رقبته ، إذ النص يقول « للجار المالك » . فلا تثبت الشفعة لصاحب حق انتفاع أو لصاحب حق حكر في العقار المجاور ، ولكن تثبت الشفعة للجار المالك ملكية تامة أو للجار الذى له ملك الرقبة كما قدمنا (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٣١٧ - حسن كيرة ص ٧) - ولكن يجوز للجار المالك أن يشفع في حق الانتفاع أو في حق الحكر المجاور له (أنظر مايل فقرة ١٩٥) .

الشيوع ، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة أى أن يكون أحد الشركاء في الشيوع . وإن كان يشفع بعقار مجاور في إحدى حالاته الثلاث المتقدم ذكرها ، وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور .

وملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . وأهم ما يعرض في العمل في هذا الصدد أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع . فيجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، فجرد المفاوضات بين الشفيع والبائع له لا تكفى إذا لم يتم البيع (١) . وتتمام البيع نفسه لا يكفى ، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا ، حتى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به (٢) ،

(١) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٢ ص ٧٩ - استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٠٣ - استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٣ ص ٦٦٦ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

(٢) أما قبل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فكانت الملكية تنتقل بالبيع غير المسجل فيما بين المتعاقدين ، ولما كان المشفوع ضده لا يعتبر من الغير في عقد البيع الذى تمك به الشفيع العقار المشفوع به ، فإن الشفيع كان يعتبر مالكا بالنسبة إلى المشفوع ضده حتى قبل أن يسجل عقد شرائه للعقار المشفوع به ، فكان يجوز له الأخذ بالشفعة ولولم يسجل (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٤ ص ٢٥١ - ص ٢٥٧) .

ولكن بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون الشهر العقارى ، وفيهما لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، اجمع القضاء والفقهاء على أن الشفيع لا يجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٤٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - أسبوط الكلية ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ - ملوى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ - استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٨١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيو -

وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة (١) .
وقد اطر د قضاء محكمة النقض على أنه إذا لم يكن عقد شراء الشفيع للعقار المشفوع
به مسجلا وقت البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة ، فإن الشفعة لا تجوز حتى لو
كان شراء الشفيع سابقا على البيع المشفوع فيه وسجل الشفيع عقد شرائه قبل
تسجيل هذا البيع (٢) . ولا تأخذ محكمة النقض بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين
المتعاقدين (٣) ، ولو أخذت به . كما تأخذ ، لنين أن الشفيع بعد أن سجل
عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به — بالنسبة إلى من لا يعتبر غيرا
فى هذا العقد ويدخل فيهم المشترئ للعقار المشفوع فيه — من وقت شراء العقار
المشفوع به لا من وقت تسجيل هذا الشراء . فيكون الشفيع ، بفضل هذا
الأثر الرجعى . مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ،
حتى لو سجل المشترئ المشفوع ضده هذا البيع قبل أن يسجل الشفيع عقد

= سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٥
- إسماعيل غانم ص ٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ - حسن كيرة ص ١٠ . ونظر
عكس ذلك وأنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده : عبد السلام ذهني فى الأموال
فقرة ٤٦٣ ص ٦٥٧ و فقرة ٤٨٩ ص ٦٧٩ - ص ٦٨٠ .

(١) نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة
أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت
صدور البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ -
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) .

(٢) فلو كان الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل ، ورفع الشفيع على البائع له
دعوى بصحة التعاقد وسجل صحيفة الدعوى ، وصدر الحكم بصحة التعاقد ، ثم صدر البيع الذى
يؤخذ فيه بالشفعة قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد ، لم يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة ، لأن الحكم
بصحة التعاقد لم يسجل قبل صدور البيع المشفوع فيه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجموعة
عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ -
محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٦ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٩٥ ص ٤٣٤ -
ص ٤٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٢٢٢) .

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ٤ أبريل
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم
١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

شرائه . فيجوز إذن ، في رأينا ، للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه ، على شرط أن يسجل عقد شرائه (١) ، أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .

ولا يكتفى أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يجب أيضا أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة (٢) . فلو أنه ، ما بين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت

(١) وهذا ما سبق لنا القول به عند الكلام في عقد البيع ، فقد قررنا في هذا الصدد ما يأتي : « نفرض مشتريا لعقار لم يسجل عقده ، ويبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . وذوثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولوقلنا بالرأي الذي ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولا شك في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاورا للعقار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتبيأت الأسباب لكسبه » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) . وقد ناقشنا طويلا ، عند الكلام في البيع ، الرأي القائل بأن التسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين دون الغير ، وانتصرنا لهذا الرأي ، واستندنا في ذلك إلى جملة من الحجج تدعمه ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦) . وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٢٣ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٢٢١ هامش ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أحدث المشتري لأرض بمقد غير مسجل بناء على الأرض ، أصبح هذا البناء ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله من حق البناء على سبيل البقاء والقرار ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٤٨ ص ١٦٦) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه لو صح ما ذهب إليه محكمة النقض من أن المشتري يشفع بالبناء - لا بالأرض - لوجب أن يكون البناء نفسه هو الملاصق للعقار المشفوع فيه ، ولا يكتفى أن تكون الأرض هي الملاصقة .

(٢) وثبوت حق الشفيع في الشفعة ، بحسب قضاء محكمة النقض ، إنما يكون بصدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة أي من وقت تسليم المشفوع ضده للشفيع بالشفعة . وفي رأينا أن الشفيع يثبت حقه في الشفعة ، إذا توافرت -

حقه في الشفعة ، باع العقار المشفوع به أو وهبه فلم يعد مالكا له (١) ، أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يشفع بالعقار الموقوف (٢) كما سيجيء ، أو انفسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به بتحقيق شرط فاسخ مثلا ، أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فلم يعد الشفيع جارا يجوز له الأخذ بالشفعة (٣) ، أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقارا مفرزا لا يلاصق العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به على الوجه الذي يصح معه الأخذ بالشفعة تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه في الشفعة ، فلا يستطيع المضي بعد ذلك في إجراءات الأخذ بالشفعة إذ يكون حقه فيها قد سقط (٤) .

ويجب أن تكون ملكية الشفيع ، من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي تدمناه ، ملكية قائمة . فلو لم تكن قائمة ، فلا شفعة . ويترتب على ذلك أن الشفيع ، إذا كان يملك العقار المشفوع به بالتقادم ولم تكن مدة التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه ، لا يحق له الأخذ بالشفعة ، حتى لو اكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة (٥) . كذلك

=شروطها ، من وقت إعلان رغبته في الأخذ بها . فهذا الإعلان تكون عناصر الأخذ بالشفعة قد تكاملت ، وحل الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه . وليس الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو التراضي على ثبوت هذا الحق ، إلا تقريراً لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحكم بالشفعة .

(١) فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر ، وكذلك من انتقلت إليه الملكية من مشتر أو موهوب له لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت صدور البيع المشفوع فيه (محمّد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٤ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - ص ٤٣٩ .

(٤) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ - إسماعيل غانم

ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ، ولا يكفي أن يكون حائزا أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص ١٦٢) . وانظر محمد كامل =

لا شفعة إذا كان سند الشفع في ملكية العقار المشفوع به عقدا صوريا أو عقدا باطلا ، فإن كلا من العقدين لا وجود له حتى لو سجل ، ولا يكون من شأنه أن يجعل الشفع مالكا للعقار المشفوع به (١) . ولا شفعة أيضا إذا كان سند الشفع في ملكية العقار المشفوع به يباع معلقا على شرط واقف ولو سجل ، فإن ملكية الشفع للعقار المشفوع به تكون موقوفة . ولا يتغير الحكم حتى لو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة ، فإن ملكية الشفع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه . ولا يعتد هنا بالآثر الرجعي للشرط الواقف ، فإن هذا الآثر الرجعي مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له في نطاق الشفعة (٢) . وقد قلنا أنه لا تجوز الشفعة إذا كان سند ملكية الشفع للعقار المشفوع به غير مسجل وقت صدور البيع المشفوع فيه ، فإن السند غير المسجل لا يجعل الشفع مالكا للعقار المشفوع به .

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفع للعقار المشفوع به يباع معلقا على شرط فاسخ . فإن هذا البيع إذا سجل تنتقل به ملكية العقار المشفوع به إلى الشفع معلقة على شرط فاسخ ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة بها . وكان المشتري للعقار وفاء ، وقت أن كان بيع الوفاء جائزا ، إذا سجل البيع ، يجوز له الأخذ بالشفعة لأنه يكون مالكا تحت شرط فاسخ (٣) ، ولا تجوز الشفعة للبائع

مصري ٣ ققرة ٢٦٢ - محمد علي عرقة ٢ ققرة ٢٧٨ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ٤١٢ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصلة ققرة ٢٩٥ ص ٤٢٢ - منصور مصطفى منصور ققرة ١٣٤ ص ٣٢١ - وانظر عكس ذلك عبد السلام ذقني في الأموال ققرة ٤٨٠ ص ٦٧٢ .

(١) عبد المنعم البدر اوى ققرة ٤١٧ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصلة ققرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور ققرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ - محمد كامل مصري ٣ ققرة ٢٦٣ (فيما يتعلق بالعقد الباطل) .

(٢) محمد كامل مصري ٣ ققرة ٢٦٠ - محمد علي عرقة ٢ ققرة ٢٧٣ ص ٤٦٦ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ٤١٦ - عبد المنعم فرج الصلة ققرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور ققرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان سند ملكية الشفع هو عقد بيع وفائي رفعت دعوى بطلانه لا يفصل فيها ، فلا يكون الحكم له بالشفعة مخالفاً للقانون ، لأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشتري ينتفع به بآثار حقوق الملاك ، ومن ثم ثبت له حق الشفعة من تاريخ تسجيله -

وفاء لأنه يصبح مالكا تحت شرط واقف . وإذا أخذ المالك تحت شرط فاسخ بالشفعة وثبت له حقه في ذلك ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ولم يعد الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بأثر رجعي ، فإن ذلك لا أثر له في ثبوت حق الشفعة له ، وقد قدمنا أن الأثر الرجعي للشرط لا يعتد به في نطاق الشفعة . لكن إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تنفسخ ، ولا يعود الشفيع مالكا لهذا العقار ، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة ، ومن ثم يسقط حق الشفيع في الأخذ بها (١) .

وكذلك يجوز الأخذ بالشفعة إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية شائعة ، وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة (٢) . فلو كان العقار المشفوع به الملاصق للعقار المشفوع فيه مملوكا على الشيوع لعدة شركاء ، فإن للشركاء جميعا يستطيعون الأخذ بالشفعة . ويجوز لأي شريك منهم أيضا أن يأخذ وحده بالشفعة مستندا في ذلك إلى حصته الشائعة ، فإن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة ، ويجوز الشفعة به (٣) . وقد قدمنا أنه إذا

حققه ما دام لم يقض بطلانه (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ١١ .

(١) أنظر آنفا نفس الفقرة - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٥ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - وانظر في الآراء المختلفة في حق الشفيع المالك تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف في الأخذ بالشفعة في عهد قانون الشفعة السابق ومناقشة هذا الآراء : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

(٢) أما إذا كان الشفيع يشفع بحصة شائعة في حصة شائعة أخرى باعها شريك آخر ، فلا شك في جواز الأخذ بالشفعة ، على أن الشفيع في هذه الحالة لا تجوز له الشفعة إلا بحصة شائعة .

(٣) ويثبت حق الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لكل واحد من الشركاء المشتاعين إذا انفرد ، ولهم جميعاً إذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضرورياً لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - ١٢ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ١٠٩ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مخطوط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤) .

كان الشفيع بالحصصة الشائعة جاراً للعقار المشفوع فيه وكان الواجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به لا تقل عن نصف ثمن العقار المشفوع فيه ، فالعبرة في هذه الحالة بقيمة الحصصة الشائعة وحدها لا بقيمة العقار الشائع كله (١) . وإذا أخذ مالك الحصصة الشائعة بالشفعة ، وثبت له الحق فيها ، فإن اقتسامه بعد ذلك للعقار الشائع مع شركائه لا أثر له في حقه الذي ثبت له في الأخذ بالشفعة ، حتى لو كانت هذه الحصصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ، ولا يعتد بالأثر الرجعي للقسمة في نطاق الشفعة . لكن إذا أفرزت الحصصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه (٢) ، فإن الحق في الشفعة يسقط ، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٧ في آخرها .

(٢) ويجب على المشتري أن يقيم الدليل على حصول القسمة ، ولحكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية أن تزن الأدلة التي يستند إليها المشتري لإثبات ذلك . فإذا قدرت أن هذه الأدلة لا يمكن التعميل عليها فأهدرتها ، وانتهى اقتناعها إلى بقاء حالة الشيوع بين الشركاء ، فإن هذا من حقها ، ويكون النسي على حكمها قائماً على غير أساس (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤٣ ص ٩٠٥) .

أما إذا ثبتت القسمة ، فإنه يكون لها هذا الأثر ولولم تكن قد سجلت ، لأن تسجيل القسمة إنما شرع لحماية الغير الذي يحتاج عليه بالقسمة ، ولكن الغير له أن يتمسك بالقسمة بالرغم من عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ - ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) . وانظر إسماعيل غانم ص ٧٢ - ص ٧٣ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للجار الذي يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ولولم يشترك معه باقي شركائه في الملك ، وذلك لأنه إنما يملك نصيبه في كل ذرة من العقار المشترك . ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع ، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكا له حين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط البقاء الاستحقاق . فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة ، فلا يتم زوال ملكه الذي يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أي طريق آخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم -

ويعجز الأخذ بالشفعة أخيراً إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قابلاً للإبطال ، كما لو كان بيعاً صادراً من ناقص الأهلية أو مشوباً بعيب في الرضاء . فإن البيع القابل للإبطال ، إذا سجل ، ينقل الملكية إلى الشفيع ، فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال ، فتعجز الشفعة بها (١) . وإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة في هذه الحالة ، ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع ، فإن الملكية تزول بأثر رجعي ، ولكن لا يكون لزوالها على هذا النحو أثر في الحق الذي يثبت للشفيع في الأخذ بالشفعة (٢) . أما إذا أبطل البيع قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وزالت ملكية الشفيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة .

١٧٣= (٤٨٦) . وانظر استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - كفر الزيات ٣ يوفيه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مختلط ٤ يوفيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٧ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ و فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٣١٧ .

وانظر عكس ذلك في سوفي الجزئية ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ (يجب اشتراك جميع الشركاء للأخذ بالشفعة) - ٢٤ يوفيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩ - ٢ يوفيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٦ (حتى لو أصبح الشريك مالكا لكل العقار الشائع في أثناء دعوى الشفعة) - ١١ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ - محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧١ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤١٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٢٢٣ - حسن كيرة ص ١١ - ولا يجوز للمشتري طلب إبطال العقد لأن حق الإبطال لم يتقرر لمصلحته (نقض مدني ٨ يوفيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٧ .

١٩٠ - الشرط الثاني - الشفع قد توافرت فيه الأهلية الترابية :

ويجب أن تتوافر في الشفع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة . ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، إذ هو في حكم شراء العقار المشفوع فيه ، والشفيع إنما يحل بإرادته أى بتصرفه القانونى محل المشتري ، فإن الأهلية الواجب توافرها في الشفع للأخذ بالشفعة هي أهلية التصرف ، ولا تكفى أهلية الإدارة .

وعلى ذلك إذا كان الشفع كامل الأهلية ، أى بالغاً من الرشد غير محجور عليه ، توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ، وجاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بها . وإذا كان له وكيل وكالة عامة ، لم يجوز للوكيل الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ، ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف كما قدمنا (م ٧٠٢ ملنى) .

أما إذا كان الشفع قاصراً ، وله أب ولى عليه أو يلى الولاية عليه ولى الأب ، فإنه يجوز للولى أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة . فإذا كان ولى القاصر هو الجد ، لم يجوز له أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر إلا بعد استئذان المحكمة ، ذلك بأن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال تنص على أنه « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . والأخذ بالشفعة تصرف فى مال القاصر ، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشتري فى التزاماته وأن يودع تمهيداً لذلك خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . أما إذا لم يكن للقاصر ولى ، فوصيه هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، ولكن يجب عليه استئذان المحكمة (١) . وكالوصى القيم على المحجور عليه ، فإذا كان الشفع محجوراً عليه ، فالقيم هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ويجب عليه استئذان المحكمة (٢) .

(١) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٨ ص ٤٥٠ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - أما المشفوع ضده ، وهو المشتري ، فإذا كان كامل الأهلية ، جاز له التسليم بالشفعة رضاه أو الخاصة فيها قضاء . وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، ناب عنه فى التسليم بالشفعة رضاه ولىه أو وصيه أو القيم عليه ، ويجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة . وناب عنه فى الخاصة قضاء ولىه أو وصيه أو القيم ، وفقاً للقواعد العامة فى الخاصة القضائية .

١٩١- الشرط الثالث - الشفع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

ولما كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه ، إذ الشفع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار ، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار . ونذكر أحوالاً ثلاثاً الشفع فيها ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يجوز له أخذه بالشفعة :

(الحالة الأولى) إذا كان العقار المشفوع فيه أرضاً زراعية ، وكان من شأن شرائها أن يزيد ما يملكه الشفع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الجائر تملكه بموجب قانون الإصلاح الزراعي (مائة فدان) ، فكما لا يجوز له شراء هذه الأرض ، كذلك لا يجوز له أن يشفع فيها (١) ، فلو أن شخصاً يملك ثمانين فداناً مثلاً ، ويجاور أرضه أرض مقدارها أربعون فداناً باعها صاحبها ، فلا يجوز للأول أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . ذلك بأنه لو أخذ الأرض المبيعة كلها بالشفعة ، لأصبح ما يملك من الأراضي الزراعية مائة وعشرين فداناً وهذا غير جائز ، ولو اقتصر على أخذ عشرين فداناً منها لبلغ ما يملك مائة فدان فلا يجاوز الحد الأقصى لتفرقت الصفقة على المشتري وهذا أيضاً غير جائز (٢) .

(الحالة الثانية) نصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، مانيط به يبعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ويخلص من هذا النص أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً . والنيابة في بيع مال الغير

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨ -
إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور
فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ - حسن كيرة ص ١١ - وانظر آنفاً فقرة ١٧٣ في آخرها في الهامش .
(٢) الوسيط : فقرة ٢٠١ .

قد تأتي من اتفاق وهذه هي الوكالة ، وقد تأتي عن طريق نص في القانون وذلك هو المولى ، وقد تأتي عن طريق أمر من السلطات المختصة كما هي الحال في الوصي والقيم والوكيل عن النائب والسنديك والحارس القضائي (١) .

فالنائب عن غيره ، على الوجه المتقدم ، في بيع مال هذا الغير ، ممنوع من شراء هذا المال لنفسه . فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، نائبا في البيع وأصيلا في الشراء . وكما لا يجوز له أن يشتري لنفسه عقارا نيظ به يبعه ، كذلك لا يجوز له ، إذا باع هذا العقار للغير تنفيذا لنيابته ، أن يشفع فيه . فإذا وكل مالك العقار شخصا في بيع عقاره ، وباعه الوكيل لمشتري تنفيذا للوكالة ، لم يجز للوكيل ، إذا توافرت له أسباب أخذ العقار بالشفعة ، أن يشفع فيه . وذلك لسبب عام ، هو ما قدمناه من أن الوكيل بالبيع ، أو أى نائب عن غيره في البيع ، ممنوع من شراء ما نيظ به يبعه ، سواء عن طريق الشراء مباشرة ، أو عن طريق الأخذ بالشفعة وهو في حكم الشراء . ويساند هذا السبب سبب آخر ، هو أنه لو جاز لمن نيظ به بيع العقار أن يشفع فيه ، لما أعياه أن يتواطأ مع المشتري على ثمن بخس وشروط يسيرة ، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أقاد من كل ذلك . ثم إن هناك سببا ثالثا يتضافر مع السببين المتقدمين ، في حالة ما إذا كانت النيابة في بيع العقار مصدرها الاتفاق أو الوكالة ، هو أن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكيلا في بيع العقار لأجنبي يكون قد نزل بذلك نزولا ضمينا عن حقه في أخذ هذا العقار بالشفعة ، وقد قدمنا أنه يجوز النزول مقلما عن الأخذ بالشفعة (٢) .

(الحالة الثالثة) نصت المادة ٤٧١ مدني على أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ،

(١) والسباسة والخبراء في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله ويسرى عليهم نفس الحكم ، فقد نصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه « لا يجوز للسباسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعاره . وانظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

لا بأسائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في التزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً . ونصت المادة ٤٧٢ مدني على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً . ويتبين من هذه النصوص أن المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون ، على وجه سبق تفصيله عند الكلام في البيع . (١) وجزاء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام ، فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها ، وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فلا في القليل . قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلاً من الشبهة في حيلة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه (٢) .

فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظوراً على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم ، متى وقع التزاع في اختصاصهم ، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً ينازعه شخص آخر في ملكيته ، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا التزاع ، أو المحامي الموكل في هذا التزاع بل حتى لو لم يكن موكلاً فيه متى كان نظر التزاع من اختصاص محكمة مسموح له بالمرافعة أمامها ، لا يجوز له أن يشتري هذا العقار للسبب المتقدم ذكره . وإمعاناً في درء الشبهات عن سمعة القضاء ، لو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه صاحبه لأجنبي ، وتوافرت لقاض أو لمحام أو لأي عامل آخر من عمال القضاء ، يكون نظر التزاع داخلاً في اختصاصه أو في اختصاص المحكمة المسموح له بالمرافعة أمامها ، أسباب أخذه بالشفعة ، لم يجز له أخذه . فما يحرم عليه شراؤه ، يحرم عليه كذلك أخذه بالشفعة . ولو أجزنا له الأخذ بالشفعة وحل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه ، فإن التزاع لا يزال داخلاً في اختصاصه ، ويصعب على من

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١١ - فقرة ١١٣ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١١٢ ص ٢١٨ .

يتنازع البائع في ملكية هذا العقار أن يطمئن إلى حيدة عمال القضاء عند نظر هذا النزاع وواحد منهم هو الذي شفع في العقار وحل محل مشريه ولوتنحي بعد ذلك عن نظر النزاع . ثم ألا يجوز لعامل القضاء ، لو أبيع له الأخذ بالشفعة ، أن يستعمل الأخذ بها سبيلا للتحايل ليتغلب على منعه من شراء العقار المتنازع فيه مباشرة ؟ فما عليه للوصول إلى ذلك إلا أن يتواطأ مع صاحب العقار المتنازع فيه ، فيبيع هذا الأخير العقار لأجنبي ، ثم يأخذه عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبي (١) .

١٩٢ - الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف - نص قانوني :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى على زكي المرابي فقرة ٦٢ ص ٣٧ - ص ٣٨ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٣٢ ص ٧٤٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢١ ص ٤٥١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٧ ص ٤٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٥ - حسن كيرة ص ١١ - محمود فهمي في رسالته في الشفعة ص ١٧٥ - ص ١٧٦ . وانظر عكس ذلك ، وأنه إذا كان لا يجوز لعمال القضاء أن يشتروا العقار المتنازع فيه ، فإنه يجوز لهم أخذه بالشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٥ - وما دام أصحاب هذا الرأي المكسي قد أجازوا لعمال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة ، فهل يجوزون أن يسترد من يتنازع البائع في ملكية العقار هذا العقار من تحت يد الشفع إذا هو رد إليه الثمن الذي دفعه والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع تطبيقاً للمادة ٤٦٩ مدني ؟ الظاهر أنهم لا يجوزون ذلك ، لأنهم لا يعتبرون الشفع مضارباً عندما أخذ بالشفعة (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٧) . فإذا قلنا بعدم جواز الاسترداد فقد عطلنا حقاً المسترد أعطاء إياه القانون لحكمة مشروعة ، بل لجاز استعمال الشفعة سبيلاً للتحايل على تعطيل هذا الحق . وإذا قلنا بجواز الاسترداد ، فقد عطلنا حقاً مشروعاً آخر في نظر أصحاب هذا الرأي ، هو حق الشفع في الأخذ بالشفعة .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٧ من المشروع

التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ / ٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٩ / ٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أحد الأعضاء النص على جواز الشفعة في الوقف ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك ، وأقرت النص على ما هو عليه تحت رقم ٩٣٩ / ٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٩) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان العقار المشفوع به عقاراً موقوفاً ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة : وهذا هو حكم الفقه الإسلامي : ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار . فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف — من ناظر أو موقوف عليه — لا في العقار المجاور ولا في الجزء الملك من العقار (١) . والسبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شافعياً ، وكذلك الموقوف عليه ليس مالكا للعقار الموقوف فشأنه شأن الناظر في عدم الصلاحية للأخذ بالشفعة . ثم إنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة ، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضاً وقفاً دون أن تصدر حجة بوقفه . وإذا كان العقار المشفوع به ملكاً لا وقفاً وقت بيع العقار المشفوع فيه : ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة : فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكاً وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٢) . وإذا تمسك الشافع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح : وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ بقي ملكاً بعد أن بطل وقفه ، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف (٣) .

ويقابل النص في قانون الشفعة للسنيق المادة ٤ : لا شفعة للوقف . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) — ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٣ : لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، ما لم يحتفظ الواقف بذلك في حجة الوقف الأهل . (ويختلف التقنين الليبي في أنه يجيز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، إذا احتفظ له الواقف بهذا الحق في حجة الوقف . ويبدو أن ما يأخذه الوقف بالشفعة في هذه الحالة يصبح موقوفاً مثله) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (والظاهر أن الوقف لا يأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٤ (معدله بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا شفعة

لوقف . . (والنص يوافق نص التقنين المدني المصري) .

(١) الخاتبة ص ٥٤٢ - ابن عابدين ص ١٤٧ - مرشد الجيران م ١١٣ - المجلة م ١٠١٧ و ١٠١٩ .

(٢) استئناف تحت ط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - عبد المنعم البدر أوى فترة

٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فترة ١٣٥ - وانظر آنفاً فترة ١٨٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحمامة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - محمد كامل

مرسى ٢ فترة ٢٦٦ ص ٢٦٥ .

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف ، فإنها تجوز في الوقف . ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل ، فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه . وأما ثمنه فيشتري به عقار آخر ، هو الذى يصبح وقفا ، ولا تجوز الشفعة فيه (١) . أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا ، كأن كان مسجدا ، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه (٢) . وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا ، فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة ، اعتبر هذا تهربا من الشفعة ، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة (٣) . وفي التقنين المدنى الجديد ، كما في قانون الشفعة السابق ، العبرة بتسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فإذا وقف العقار المشفوع فيه بعد تسجيل هذا الإعلان فإن الوقف لا يسرى في حق الشفع ، ويستطيع أخذ العقار بالشفعة بالرغم من وقفه (م ٩٤٧ مدنى) (٤) .

§ - ٢ نحدد الشفعاء ونزاهتهم

١٩٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٣٧ مدنى على ما يأتى :

- ١ - « إذا تراحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة » .
- ٢ - « وإذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

(١) محمد على عركة ٢ فقرة ٢٨١ ص ٤٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٨ - وانظر ما دار من مناقشات في هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدق في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧ في الهامش .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٦ .

(٣) بنى سويف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٢٢٨ .

(٤) ويجوز التساؤل هل تصح الشفعة بالملك الخاص للدولة ، فإذا كان للدولة عقار مملوك ملكا خاصا ، وتوافرت في هذا العقار شروط العقار المشفوع به ، فهل تستطيع الدولة أن تشفع به في عقار آخر يباع فتأخذ هذا العقار بالشفعة ؟ أجبتنا على هذا السؤال في الجزء الثامن من الوسيط بما يأتى : « أما الشفعة ، فيندر أن تشفع الدولة في عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعا من أن نأخذ العقار بالشفعة » (الوسيط ٨ فقرة ٧٨ ص ١٥٥) .

٣ - « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » (١) .
ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣١ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ - ٢٤١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن في آخرها العبارة الآتية : « إلا أنه فيما بين الخيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . ولما كانت لجنة المراجعة قد حذفت الشفعة بسبب الجوار ، فقد حذفت تبعاً لذلك هذه العبارة « حيث أصبح لا لزوم لها » ، وأقرت اللجنة النص بهذا الحذف تحت رقم ١٠٠٩ في المشروع النهائي . ووافق على النص كما هو مجلس النواب ، تحت رقم ١٠٠٦ دون أن يتنبه المجلس ، بعد أن أعاد الشفعة بسبب الجوار ، إلى وجوب إعادة العبارة اعذوقة . ثم وافق على النص مجلس الشيوخ ، دون تعديل تحت رقم ٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٥ - ص ٣٩٤) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ٧ : إذا تعدد الشفعاء يكون الحق في الشفعة : (أولاً) لملك الرقبة . (ثانياً) للشريك انذى له حصة مشاعة . (ثالثاً) لصاحب حق الانتفاع . (رابعاً) للجار المالك - فإذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون بقدر نصيبه - وإذا تعدد الخيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد فيما عدا أموراً ثلاثة : (١) لم يدرج قانون الشفعة السابق صاحب الرقبة في الحكر وصاحب حق الحكر بين الشفعاء ، ولذلك لم يورد ترتيباً لها . (٢) لم ينص ، كما نص التقنين المدني الجديد ، على حكم تزامن المشتري الشفع مع غيره من الشفعاء . (٣) وضع قاعدة للمفاضلة بين الخيران الشفعاء إذا تعددوا ، وأغفل التقنين المدني الجديد وضع هذه القاعدة سهواً) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني . الليبي م ٩٤١ : ١ - إذا تزامن الشفعاء ، يكون استمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة . ٢ - وإذا تزامن الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . ٣ - فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة =

ويفترض النص المتقدم الذكر أن هناك أكثر من شفيح واحد توافرت
فيهم شروط الأخذ بالشفعة . فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيح واحد ،
وإن يزاحمه في طلبها أحد من الشفعاء الآخرين ، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل
العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم

السابقة ، فإنه لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة . (ويتفق التقنين الليبي مع التقنين المصري
إلا في أمر واحد : إذا كان المشتري هو نفسه أحد الشفعاء ، فإنه لا يفضل على من يزاحمه
من الشفعاء الذين هم من طبقة في التقنين الليبي ، ويفضل في التقنين المصري . والتقنينان
سواء في تفصيل المشتري الشفيح على شفعاء أدنى من طبقة ، وفي تفصيل الشفيح الأعلى من
طبقة المشتري) .

التقنين الليبي العراقي م ١١٣١ : ١ - إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استمالة حق الشفعة
بحسب الترتيب المبين في المادتين السابقتين . ٢ - وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ،
فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي . إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأهم ،
فمن له حق شرب في الحزن المشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ،
ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور . (ويختلف التقنين العراقي هنا عن
التقنين المصري في أنه إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة كان استحقاق الشفعة بينهم على التساوي
في التقنين العراقي ، وبقدر نصيب كل منهم في التقنين المصري . ووضع التقنين العراقي
قاعدة خاصة في ترتيب الشفعاء إذا كانوا خلطاء) . م ١١٣٢ : إذا كان المشتري
للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيحاً ، فإنه مفضل على الشفعاء الذين هم
من طبقة أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى . (ويتفق التقنين العراقي
في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تزاحم
الشفعاء من فئات مختلفة ، يكون استمالة حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة
السابقة - وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة في الأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة السابقة ،
فالاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل
الباقيون هذا الحق بقدر نصيبهم أيضاً . وإذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة ، قدم من تعلق على
ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفي حال اختلاف مالكي طوائف البناء المتعددة ، قدم
مالك الطابق الأرضي ، (ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري في أن القانون اللبناني ،
بخلاف التقنين المصري ، أورد قاعدة لترتيب عند تزاحم الجيران ، وآخر مالك الطابق عن الجار
المادي وقدم مالك الطابق الأرضي على مالك الطابق العلوي عند التزاحم) .

م ٢٤١ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا توافرت في المشتري الشروط الواردة
في المادة ٢٣٩ ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئة أو من فئة أدنى . (ويتفق القانون
اللبناني في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

جواز تفريق الصفقة على المشتري فيما قدمناه (١) . أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضاً في طلب الشفعة . فهنا يفتح مجال البحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين في المادة ٩٣٧ مدني سالفه الذكر .

١٩٤ - الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء: وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدني المشار إليها حالات ثلاثاً لتزاحم الشفعاء :

(الحالة الأولى) تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧ مدني) .

(الحالة الثانية) تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٢/٩٣٧ مدني) . وهنا يعرض بحث عدم جواز تفرق الصفقة على المشتري .

(الحالة الثالثة) تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفع مثلهم (م ٣/٩٣٧ مدني) . وهنا يجب بحث فروض ثلاثة : (١) تزاحم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته . (٢) تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته . (٣) تزاحم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقته .

١٩٥ - الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (٢) ، على أنه إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة . فإذا تزاحم الشفعاء . وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها بعضاً ، استحق الشفعة منهم من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات الأدنى . وذلك بحسب الترتيب المبين في المادة ٩٣٦ وقد سبق ذكرها (٣) وبالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتي :

(١) في الطبقة الأولى مالك الرقة ، عندما يشفع في حق الانتفاع . فإذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشيوع ، وباع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٩

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ .

أحد صاحبي حق الانتفاع حصته ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم مالك الرقبة ، ثم صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوع في حق الانتفاع الذي بيع بعضه ، ثم الحار الملاصق للعقار الذي رتب عليه حق الانتفاع إذا كان في حالة من الأحوال الثلاث التي يشفع فيها الحار (١) . فإذا تقدم هؤلاء الشفعاء جميعا للأخذ بالشفعة . فضل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء ، واستقل وحده في الأخذ بالشفعة . ويليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع ، ثم الحار .

(٢) في الطبقة الثانية الشريك في الشيوع . إذا بيعت حصة شائعة غير التي يملكها لأجنبي . والمراد بالشريك في الشيوع هنا : ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوع ، بل أيضا الشريك في الشيوع في رقبة العقار أو في حق انتفاع في عقار أو في حق حكر . فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوع ، وباع أحد الشريكين حصته الشائعة لأجنبي ، كان الشفيعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر والحار . ولما كان الشريك الآخر في الشيوع وهو في الطبقة الثانية يتقدم على الحار ، كان هو الذي يأخذ بالشفعة دون الحار (٢) . وإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوع ، وقد رتبنا عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقبة في الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشتاع الآخر في الرقبة وصاحب حق الانتفاع والحار . ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقبة هو شريك في الشيوع فهو في الطبقة الثانية ، ويتقدم على كل من صاحب حق الانتفاع والحار ، فهو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الاثنين الآخرين .

وقد كان الأمر على العكس من ذلك في المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدني ، فقد كان صاحب حق الانتفاع في هذا المشروع يتقدم على

(١) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ وفقرة ٢٥٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٤ ص ٤٥٤ - إسماعيل غانم ص ٧٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٨ ص ٤٢٤ : حيث يذهبون إلى أن الحار المالك لا يشفع في حق الانتفاع .

(٢) أسيوط الكلية ١٠ يونيو ١٩٥٠ المراجعة ٣١ رقم ١٤١ ص ٢٧٧ .

الشريك في الشروع ^(١) . ثم انعكس الترتيب في لجنة المراجعة ، فأصبح الشريك في الشروع ، في المشروع النهائي وفيما تلاه من المشروعات إلى أن استقرت تقنيناً كما رأينا ، هو الذي يتقدم على صاحب حق الانتفاع . ولو أخذنا بحكم المشروع التمهيدى في المثل المتقدم ، لتأخر الشريك المشتاع الآخر في الرقة عن صاحب حق الانتفاع ، ولتقدم هذا الأخير على هذا الشريك المشتاع وعلى الحار ، فأخذ وحده دونهما الحصة الشائعة التي يبعث في الرقة .

(٣) في الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع ، عندما يشفع في الرقة . فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقة وحدها ، ثم باع الرقة ، فالشفيعان في الرقة هما صاحب حق الانتفاع والحار . ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة ويتقدم على الحار ، فانه هو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الحار .

(٤) في الطبقة الرابعة صاحب الرقة عندما يشفع في حق الحكر ، أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في الرقة . فإذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر ، ثم باع صاحب حق الحكر حقه ، فالشفيعان في هذا الحق هما صاحبا الرقة والحار . ولما كان صاحب الرقة هنا في الطبقة الرابعة ويتقدم على الحار ، فانه هو وحده دون الحار الذي يأخذ حق الحكر بالشفعة . ولو أن صاحب الرقة هو الذي باع الرقة ، فان الشفيعين في هذه الرقة يكونان هما

(١) وقد جرت مناقشات طويلة في لجنة الأستاذ كامل صدق في شأن تقديم صاحب حق الانتفاع على الشريك في الشروع . في جلسة ١٨ يونيه سنة ١٩٣٧ ، تناقش الأعضاء طويلا في هذه المسألة ، وانتهت المناقشة بأن اتخذ قرار بالأغلبية بتقديم الشريك في الشروع على صاحب حق الانتفاع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٥ في الهامش) . ثم أعادت اللجنة ، في جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، المناقشة في المسألة ، وانتهت إلى قرار عكس القرار السابق بجعل صاحب حق الانتفاع في المرتبة الثانية متقدماً على الشريك في الشروع الذي جعلته في المرتبة الثالثة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ في الهامش) . وعلى هذا الوجه تقدم المشروع التمهيدى إلى لجنة المراجعة ، فعكست هذه اللجنة الترتيب وعادت إلى الترتيب الأول ، إذ جعلت الشريك في الشروع في المرتبة الثانية متقدماً على صاحب حق الانتفاع الذي جعلته في المرتبة الثالثة . واستقر المشروع على ذلك في سائر مراحله التشريعية ، إلى أن أصبح تقنياً . أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ في الهامش .

صاحب حق الحكر والجار . ولما كان صاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضا على الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذي يأخذ الرقة بالشفعة .

(٥) في الطبقة الخامسة والأخيرة الجار المالك ، وهو أدنى الشفعاء طبقة . فإذا كان هناك عقار مملوك ملكا تاما لشخص واحد وباعه ، ففي هذا الفرض لا يوجد مالك رقة ولا شريك في الشيوع ولا صاحب حق انتفاع ، وليس العقار محكرا حتى يكون هناك مالك رقة وصاحب حق حكر . ومن ثم لا يوجد إلا شفيع واحد هو الجار ، فله حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وهذا الفرض هو الذي يكثر وقوعه في العمل (١) .

١٩٦ - المادة الثانية - تراحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « وإذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » . والمفروض هنا أن الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى قد فضلوا على من هم دونهم طبقة من الشفعاء على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، وطلب أصحاب الطبقة الأعلى وخدمهم الأخذ بالشفعة .

فإذا كانوا من الطبقة الأولى ، وهم ملاك الرقة يشفعون في حق الانتفاع ، وكانوا ثلاثة مثلا لأحدهم نصف الرقة في الشيوع وللثاني الثلث وللثالث

(١) هذا وإذا اعتبرنا مالك الطبقة في البناء متعدد الطبقات شفعيا بحكم الجوار ، فإنه يأتي في الطبقة الخامسة كسائر الجيران . ويبدو أنه إذا تراحم مع جار جانبي عادي ، فإنه يقدم عليه كاسرى ، لأن الشفعة تعود على ملكه بمنفعة أكبر مما تعود على ملك الجار العادي . وإذا بيعت إحدى طبقات الدار ، فتراحم على أخذها بالشفعة صاحب الطبقة الأعلى مباشرة وصاحب الطبقة الأسفل مباشرة ، فإنه يبدو أن صاحب الطبقة الأعلى مباشرة هو الذي يقدم ، لأن له مصلحة أكبر في الأخذ بالشفعة كاسرى .

أما إذا اعتبرنا مالك الطبقة شفعيا بحكم الشركة الشائعة في أرض البناء ، فإنه يعلو إلى طبقة الشريك في الشيوع ، أي إلى الطبقة الثانية ، ويتفاضل ملاك الطبقات فيما بينهم إذا تراحموا كما يتفاضل سائر الشركاء في الشيوع كاسرى .

أنظر آنفاً فقرة ١٨٥ في آخرها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٢ .

السدس ، اقتسموا حق الانتفاع الذى تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم بنسبة نصيب كل منهم فى ملكية الرقة . وعلى ذلك يأخذ الأول بالشفعة نصف حق الانتفاع ، والثانى الثلث ، والثالث السدس .

وإذا كانوا من الطبقة الثانية ، وهم الشركاء فى الشيوخ ، فإذا كان هناك عقار يملكه أربعة مثلاً على الشيوخ ، لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبي ، ولكل من الثلاثة الآخرين السدس ، فإن هؤلاء الثلاثة يقتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذى أخذوه بالشفعة ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم السدس . فيصبح العقار ، بعد الأخذ بالشفعة ، مملوكاً لهؤلاء الثلاثة على الشيوخ ، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم الثلث . وقل مثل هذا فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوخ فى الرقة ، ويشفعون فى حصة شائعة فى الرقة باعها أحدهم . وكذلك الحكم فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوخ فى حق الانتفاع ، ويشفعون فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعها أحدهم . وإذا اعتبرنا ملاك الطبقات شفعاء بوصفهم شركاء فى الشيوخ فى الأرض المقام عليها البناء ، فإنهم يأخذون جميعاً بالشفعة الطبقة المبيعة ، ويصبحون ملاكاً لها على الشيوخ بنسبة نصيب كل منهم فى الأرض الشائعة المقام عليها البناء .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الثالثة ، وهم أصحاب حق الانتفاع يشفعون فى الرقة ، وكان اثنان مثلاً يملكان حق الانتفاع على الشيوخ لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، ويبيع الرقة ، فإن صاحبي حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة بنسبة نصيب كل منهما فى حق الانتفاع ، فيصبح الأول مالكا للعقار فى الشيوخ ملكية تامة بمقدار الثلثين ، ويصبح الآخر مالكا فى الشيوخ ملكية تامة بمقدار الثلث .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الرابعة ، وكان لرقة الأرض المحكرة مالكان فى الشيوخ مثلاً يملكانها بالتساوى ، ويبيع حق الحكر ، اقتسماه عند أخذه بالشفعة بالتساوى فيما بينهما . وكذلك لو كان حق الحكر لاثنتين مثلاً يملكانه على الشيوخ بالتساوى ، ويبيع الرقة ، اقتسماهما عند أخذها بالشفعة بالتساوى فيما بينهما ،

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الخامسة والأخيرة ، وهم الجيران ويدخل فيهم ملاك الطبقات على الرأى الغالب ، فللمفاضلة فيما بينهم إذا تراحموا قاعدة أخرى سيأتى بيانها فيما يلى (١) .

ونحن نفرض فى كل ما تقدم أن الشفعاء من الطبقة الأعلى (٢) قد تقدموا جميعا للأخذ بالشفعة (٣) ، فاقسموا العقار المشفوع فيه ، كل منهم بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ولكنهم قد لا يتقدمون جميعا للأخذ بالشفعة ، بل يتقدم بعضهم دون بعض ، أو يتقدم واحد منهم فقط ، فعند ذلك تثار مسألة هامة هى مسألة عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، فنعرض لها فيما يلى .

١٩٧ - عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة :
إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة ، فإن كل شفع من منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه ، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ذلك أن هناك احتمالا فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو ألا يطلبها أحد غيره ، فإذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . فإن الصفقة تتجزأ على المشتري ، ومن حقه ألا تتجزأ عليه الصفقة . كذلك هناك احتمال ، حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء ، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة ، فتتفرق الصفقة على المشتري . لذلك يجب على كل شفع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه كما قدمنا ، فإذا طلبوا الشفعة جميعا ولم يسقط طلب أى منهم ، قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به على الوجه الذى سبق بيانه . وإذا طلب الشفعة بعضهم دون بعض ، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم ،

(١) أنظر ققرة ١٩٨ .

(٢) فيما عدا الجيران فهم فى الطبقة الأخيرة ، فإذا لم توجد طبقة من الشفعاء أعلى منهم ، أو وجدت ولكنها لم تخدم الأخذ بالشفعة ، فالجيران فى هذه الحالة يكونون هم الشفعاء .

(٣) أو تقدم للأخذ بالشفعة طبقة أدنى لأن الطبقة الأعلى لم تقدم .

فان العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء الذين تقدموا أو الذين صح طلبهم ، كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به . وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة ، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط ، فان هذا الشفعي الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه . وهكذا لا تتفرق الصفقة على المشتري ، في أي فرض من هذه الفروض (١) . فإذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة ، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، فاما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد ، أو يأخذ بعضه بالنسبة التي سبق بيانها إذا اشترك معه غيره ، وفي جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه ، فلا تتفرق الصفقة على المشتري . وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشتري ، فانه لا يجوز أيضا للمشتري اجبار الشفعي على أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعوى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشتري وحده . ذلك بأن عدم تفريق الصفقة تقرر لمصلحة الشفعي أيضا ، فهو يأخذ بالشفعة لإخراج المشتري من الصفقة ، فإذا اقتصر على مقدار نصيبه ، ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم ، بقي المشتري داخلا في الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين ، وهذا ما يحق للشفعي أن يتفاداه .

والقاعدة التي قررناها من وجوب أن يطلب الشفعي الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب في حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة ، بل تنطبق أيضا في حالة وجود طبقات متعددة . فأى شفعي من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التي هي أعلى منه ، ولا أحد من الشفعاء الذين هم في طبقته . وتنطبق القاعدة أيضا على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران ، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها في كل العقار المشفوع فيه ، حتى

(١) وقد نصت المادة ١١٣٦ مدني عراق على أنه ١ - يجب أن يطلب الشفعي كل المشفوع ولتعدد الشفعاء المستحقون للشفعة . وإذا أسقط شفعي حقه في الشفعة قبل الحكم أو التراضي ، سقط حقه ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع ، وإن أسقط شفعي حقه بعد الحكم أو التراضي فلا يسقط . ٢ - وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل من حقه لأجنبي أو لشفعي آخر ، فإن فعل سقط حقه .

لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه ، لاحتال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة .

وإذا كان شفيعان ، طلب أحدهما الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، وطلبها الآخر في كل العقار ، أخذ الشفيع الثاني دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة (١) . وإذا طلب شفيع الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، لم يصح طلبه ، ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت (٢) .

١٩٨ - التزام فيما بين الجيران عند تعددهم : بئى أن نواجه حالة

التزام فيما بين الجيران عند تعددهم . ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق هنا ، إذ أن الجيران يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد . فلكل جار عقاره الذى يشفع به ، لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين . والذى يجب أن يأخذ بالشفعة من الجيران ، إذا تعددوا وتزاحموا على الأخذ بها ، هو جار واحد ، وهو الجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وقد كان هذا هو الحكم الذى نص عليه صراحة قانون الشفعة السابق ، فقد نصت المادة ٧ (رابعا) من هذا القانون على ما يأتى : « وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . وقد ورد هذا النص نفسه في المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ من التقنين المدنى الجديد ، عندما جعل هذا المشروع الحوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة . ولكن عندما حذف الحوار كسبب للأخذ بالشفعة في المشروع النهائى ، حذف النص مع سائر النصوص التى تتعلق بالحوار . ولما أعيد الحوار ضمن أسباب الشفعة في مجلس النواب ، سعى على هذا المجلس أن يعيد النص كما كان ، واقتصر على إيراد الحوار كسبب للأخذ بالشفعة ، دون أن ينص على أنه عند تراحم الجيران يقدم منهم من تعود

(١) حتى لو كان الشفيع الأول أعلى طبقة من الشفيع الثانى .

(٢) ملوى ٨ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٢٢ .

على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وبقيت المادة ٩٣٧ مدني خلواً من هذا النص عندما عرضت على مجلس الشيوخ ، وقد سهى على هذا المجلس أيضاً أن يعيد النص . فخرج التقنين المدني في المادة ٩٣٧ منه على الوجه الذي خرج به ، خالياً من هذا النص (١) .

ولما كانت المادة ٢/٩٣٧ مدني ، على الوجه الذي استقرت عليه ، تجعل استحقاق كل شفع ، عند تعدد الشفعاء من طبقة واحدة ، « بقدر نصيبه » . وهذه القاعدة لا يمكن انطباقها في حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد كما قدمنا حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار ، فقد وجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التي تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ مدني ، باعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل ولم يكن إغفالها إلا لجرد السهو ، وهي على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص . فيقضى بالشفعة ، إذا تعدد الجيران وتزاحموا ، للجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران الآخرين (٢) .

(١) أنظر في هذا آنفاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

(٢) ولتفصيل جار على جار ، يراعى موقع كل منها ، وتخصيصه ، وضرورة توسيعه (استئناف مختلط ١٦ يولييه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣١) ، ولا يدخل في الاعتبار ما يجنيه الشفع من فوائد شخصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن العبارة في مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين في طلب الشفعة إنما هي بالمنفعة التي تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به ، دون اعتداد بالمنفعة التي تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ، ودون اعتبار للفوائد التي قد تعود على الشفع شخصياً من الأخذ بالشفعة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٥ - ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض د رقم ٧٠ ص ٤٦٧) .

وانظر في وجوب الأخذ بالقاعدة القديمة بالرغم من إغفالها سهواً : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٥ - إسماعيل غانم ص ٧٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٧ - حسن كيرة ص ١٠ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص ٢٦٩ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٣ ص ٢٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٧ ص ٣٢٨ - ٣٢٩ (ومن رأيه معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ، ويكون ذلك بتقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوي) .

وعلى ذلك إذا تراحم جاران في أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة ، وكان عقار أحد الجارين ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولها في الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كحق مطل أو حق مرور ، وكان عقار الجار الآخر ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولا شيء غير ذلك ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن عقاره أكثر اتصالا بالعقار المشفوع فيه ، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر .

وإذا تراحم جاران في أخذ أرض زراعية بالشفعة ، وكانت أرض أحد الجارين ملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، وكانت أرض الجار الآخر ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين اثنتين فقط ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن أرضه أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها ، فتعود الشفعة على أرضه بمنفعة أكبر . أما إذا كانت أرض الجار الثاني ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وعليها في الوقت ذاته حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فيغلب أن يقدم الجار الثاني على الجار الأول ، لأن الملاصقة من جهتين مع قيام حق ارتفاق تجعل أرض الجار الثاني في الغالب أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها من أرض الجار الأول الملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، فيأخذ الجار الثاني وحده الأرض المشفوع فيها (١) . على أن ذلك يجب أن يكون محلا لتقدير قاضي الموضوع ،

(١) وقد قضى بأنه إذا تراحم جاران لكل منهما حق ارتفاق بالرأى على الأرض المشفوع فيها ، ولكن أحد الجارين مجاور من جهة واحدة في حين أن الجار الآخر من جهتين ، فضل الجار الآخر المجاور من جهتين (استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧١) . وإذا كان عقار كل من الجارين متقلا بحق ارتفاق لمصلحة العقار المشفوع فيه ، فضل من كان حق ارتفاقه أشد عبئا (استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٠) . وقضى بتفضيل الجار مالك العقار الأصغر ، لأنه إذا ضم العقار المشفوع فيه حصل على منفعة أكبر (استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٤ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣) . وانظر أيضاً في تفضيل الجار الذي تعود عليه منفعة أكبر : استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - ١٠ يوفيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ (تفضيل الجار الذي يملك وحده العقار المشفوع به على الجار الذي لا يملك العقار المشفوع به إلا على الشيوع) - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يستبعد من بين الجيران المتزاحمين في الأخذ بالشفعة الجار الذي تمرر إدخال عقاره الذي يشفع به في طريق عام صدر مرسوم به (استئناف مخطط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٠) .

فاذا قدر أن الملاصقة من ثلاث جهات في حالة بيعها تجعل الاتصال أوثق ، كان له أن يقضي بالشفعة للجار الأول وحده (١) .

وإذا اعتبرنا مالك الطبقة من الدار جاراً ملاصقاً للطبقة التي تحته وللطبقة التي فوقه كما هو الرأي الراجح ، وزاحمه جار عادي ، فانه يفضل على الجار العادي ، لأن طبقته أكثر اتصالاً بالطبقة المبيعة من عقار الجار العادي . أما إذا بيعت طبقة من الدار وتزاحم على أخذها بالشفعة مالك الطبقة الأعلى مباشرة ومالك الطبقة الأسفل مباشرة ، فالغالب تفضيل مالك الطبقة الأعلى ، فيأخذ وحده الطبقة المتوسطة بالشفعة . على أن المسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، فقد يرى ، من موقع كل من الطبقتين بالنسبة إلى الطبقة المتوسطة ومن الظروف الأخرى المحيطة بالبناء ، تفضيل مالك الطبقة الأسفل ، فيأخذ هذا وحده الطبقة المبيعة بالشفعة .

وهناك خلاف في الرأي ، فيما إذا لم يتيسر تعيين من من الجيران المتراحمين تعود الشفعة عليه بمنفعة أكبر ، بحيث يبدو أن الكل يتساوون في المنفعة . فرأى يذهب إلى أن العقار المشفوع فيه يقسم في هذه الحالة بين الجيران المتراحمين بالتساوي فيما بينهم ، ما دام أن أحداً منهم لا يرجع الآخرين في المنفعة التي تعود عليه من الشفعة ، فلا يجوز لأحد أن يستأثر بها ، كما لا يجوز حرمان الجميع منها ، وهذا هو الحكم المقرر في الفقه الإسلامي (٢) . ويذهب رأي آخر إلى أنه لا يجوز تقسيم العقار المشفوع فيه بين الجيران ، والتقسيم لا يكون إلا بين الشفعاء الآخرين غير الجيران بحسب صريح النص إذ يقسم العقار المشفوع فيه بين هؤلاء الشفعاء الآخرين بنسبة نصيب كل منهم في العقار

(١) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما إذا تزاحم الجيران في الأخذ بالشفعة ، فإن الذي يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره ، ويترك هذا لتقدير القاضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٢) .

(٢) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - المنصورة الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٩ - استئناف مخطوط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٦ و ص ٤٣٧ - ص ٤٣٨ - ومن الفقهاء من يذهب إلى أن التقسيم ما بين الجيران يكون بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٨) .

المشروع به ، أما الجيران فلم يرد في شأنهم نص مماثل ، بل ورد النص (في قانون الشفعة السابق) بوجوب تفضيل من تعود عليه من الأخذ بالشفعة منفعة أكبر . وقد رجعت محكمة الاستئناف المختلطة إلى هذا الرأي ، إذ قضت بأن قسمة العقار المشفوع فيه التي كانت مقررة في الشريعة الإسلامية قد ألغاهما قانون الشفعة الذي يقدم في حالة التراحم الجار الذي تعود على عقاره منفعة أكبر من غيره ، ولا يقرر القسمة إلا في حالة التراحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حق الانتفاع (١) . والذي نراه أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذي تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر ، افترض في ذلك أنه يمكن دائماً ، إذا تراحم الجيران الشفعاء ، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره ، وهذا الجار هو الذي يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون . وما دامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضي الموضوع ، فإن القاضي سيجد دائماً في ظروف الدعوى ، وموقع العقارات ، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه ، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به ، وافتقاره في بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مراقبه أو تيسير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام ، وما إلى ذلك ، مبرراً لتقديم جار على جار ، وإثارة أحد الجيران المتراحمين دون غيره في الأخذ بالشفعة .

١٩٩ - الحارة الثالثة - تراحم الشفعاء مع المشتري وهو يتبع ملكهم -

تراحم مع شفعاء أدنى منه طلبة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم . . . من طبقة أدنى . . . » والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ،

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى

في الشفعة ص ١٤٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفع أدنى منه طبقة (١) .

فهو إما مالك الرقبة في عقار تقسم فيه حق الانتفاع بين شريكين في الشيوع ، وقد اشترى حصة أحد الشريكين في حق الانتفاع . فإذا تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكاً في الشيوع ، أو تقدم الحار للأخذ بها ، لم يجوز لأى منهما الأخذ بالشفعة . ذلك أنه لو كان المشتري شخصاً آخر غير مالك الرقبة ، لكان مالك الرقبة نفسه شفعياً في الطبقة الأولى من الشفعاء . ولو زاحه في الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكاً في الشيوع في الطبقة الثانية بين الشفعاء ، أو زاحه الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة بين الشفعاء ، لفضل على كل منهما باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع . فإذا كان هو الذى اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على كل من الشفعين الآخرين اللذين هما أدنى منه طبقة . وعلى ذلك لا يجوز لأحد من هذين أن يأخذ بالشفعة عقاراً اشتراه شفع أعلى منه طبقة :

(١) وواضح أن المشتري يكون قد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت أن اشترى ، حتى لو فقد هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء ، كأن كان شريكاً في الشيوع في بناء واشترى البناء الملاصق ، ثم اقتسم بعد ذلك البناء الذى يملك فيه حصة شائعة وكان نصيبه المفرز لا يلاصق البناء الذى اشتراه . وما دام المشتري الشفع قد اشترى العقار المشفوع فيه ، فليس به حاجة إلى اتباع إجراءات الشفعة ، لأنه إنما يملك العقار بطريق الشراء لا بطريق الشفعة ، ولأنه لا يوجد بيع يشفع فيه ، ولا يحل محل مشتر غيره إذ أنه هو المشتري نفسه (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

وإذا كان مستغافراً أن يقال إن الحالة التى يكون فيها المشتري شفعياً ليست حالة تزام بين الشفعاء ، لأن التزام إنما يكون بين أكثر من شفع ، لا بين شفع ومشتري ولو كان المشتري تثبت له صفة الشفع (أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٣٧ هامش ٢) ، إلا أنه قد لوحظ عند إيراد هذه الحالة بين حالات تزام الشفعاء أن المشتري هو أيضاً شفع يزاحه شفعاء آخرون ، فيتقدم عليهم إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدنى ، ويتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة ، فلا يخلو الأمر من معنى المزاحمة . ومهما يكن من أمر ، فإن تقريب هذه الحالة من حالات تزام الشفعاء مستغافراً من الناحية العملية على الأقل .

وقد يكون المشتري هو أحد شريكين لعقار شائع بينهما ، وقد اشترى حصة الشريك الآخر . فإذا تقدم الجار لأخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير الشريك في الشروع ، لكان الشريك في الشروع نفسه شفعيا في الطبقة الثانية بين الشفعاء . ولو زاحمه في الأخذ بالشفعة الجار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دون الجار الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . فإذا كان هو الذي اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الجار ؛ وعلى هذا لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب حق الانتفاع في عقار ، وقد اشترى الرقبة من صاحبها . فإذا تقدم الجار لأخذ الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير صاحب الانتفاع ، لكان صاحب حق الانتفاع نفسه شفعيا في الطبقة الثالثة بين الشفعاء . ولو زاحمه الجار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دون الجار الرقبة المبيعة بالشفعة . فإذا كان هو الذي اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الجار . ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب الرقبة في أرض محكرة وقد اشترى حق الحكر ، أو يكون هو صاحب حق الحكر وقد اشترى الرقبة . ففي الحالتين إذا تقدم الجار لأخذ حق الحكر أو الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك لأنه لو كان الذي اشترى حق الحكر أو الرقبة شخصا آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر ، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفعيا في الطبقة الرابعة بين الشفعاء . ولو زاحمه الجار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ بالشفعة دونه الحكر أو الرقبة . فإذا كان هو الذي اشترى الحكر أو الرقبة ، فإنه من باب أولى يفضل على الجار ، فلا يجوز للجار أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

٢٠٠ - نزاع المشتري مع شفعاء من نفس طبقته : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . . . » والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته .

وهذه المسألة ، قبل أن يبت فيها التقنين المدني الجديد بنص صريح كما رأينا ، كانت من بين المسائل التي اشد فيها الخلاف وانقسم فيها كل من الفقه والقضاء . ونعرض في إيجاز خلاصة لهذا الخلاف بعد أن أصبح في ذمة التاريخ منذ أن حسم بالنص الصريح كما قدمنا . فقد كان التقنين المدني المختلط السابق يحتوي نصا لا يخلو من الغموض هو نص المادة ٩٥ من هذا التقنين ، ويقضي بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله اشترى من شريك ثالث حصته الشائعة ، وعلى هذا الشريك الشفيع أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه في العين إذا طلبوا ذلك . ولم يكن لهذا النص نظير في التقنين المدني الوطني السابق فتضاربت الأحكام الوطنية والمختلطة . فن الأحكام المختلطة ما قاس حالة النار على حالة الشريك في الشيوع ، وأجاز للجار أن يأخذ بالشفعة من المشتري حتى لو كان جارا مثله ، فيقسم العقار المشفوع فيه بين النار المشتري والجار طالب الشفعة (٢) . ومنها ما قضى بالاشفعة للجار من المشتري إذا كان جارا مثله ، لعدم ورود نص في الجار كما ورد النص في الشريك في الشيوع (٣) . ومن الأحكام الوطنية ما طبق حكم المادة ٩٥ مدني مختلط من غير أن يكون لها نظير في التقنين المدني الوطني ، فقضى بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله ويتقاسم معه الحصة الشائعة المشفوع فيها (٤) . ومنها ما قضى بالاشفعة من مشتر شفيع ، لعدم ورود

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٩١ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٣ .

(٤) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ١٨٩ - الإسكندرية استئناف

٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٥٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ القضاء ٤ ص ٩٧ .

نص في التقنين المدني الوطني بمائل نص المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط (١) . ثم صدر قانون الشفعة السابق يلغى النصوص الخاصة بالشفعة في التقنين الوطني والمختلط ، ويستبدل بها نصوصا أخرى متطابقة للقضائين الوطني المختلط . وقد حل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط المادة ٨ من قانون الشفعة في كل من القضاء الوطني والقضاء المختلط ، وتنص على أن « يثبت حق الشفعة ، وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ، ولو كان المشتري حائرا لما يجعله شفعيا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى (٢) » . وفي نظرنا أن هذا النص ، وإن كان هو أيضا لا يخلو من شيء من الغموض ، أراد واضعه به أن يحل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط ، مع تعميم حكمه على جميع الفروض ، دون قصره على القرض الذي يأخذ فيه الشريك في الشيوع بالشفعة من المشتري إذا كان شريكا مثله . فالتص يضع مبدأ عاما ، هو أن يبقى (Subsiste) حق الشفعة للأشخاص الذين ثبت لهم صفة الشفع ، حتى لو كان المشتري هو نفسه شفعيا مثلهم . ولما كان هذا مبدأ عاما يتناول جميع الفروض الثلاثة ، فرض ما إذا كان الشفع أعلى طبقة بين الشفعاء من المشتري وفرض ما إذا كان في طبقة وفرض ما إذا كان دونه في الطبقة ، فقد أراد واضح النص أن يغطي هذه الفروض الثلاثة بعبارة واحدة قال فيها « وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية (Préférence) » . فيتفاضل المشتري ، وهو شفع ، مع الشفعاء الذين يزاحونه ويريدون الأخذ منه بالشفعة ، ولا يمنعهم من ذلك كون المشتري شفعيا مثلهم بعد أن تقرر المبدأ العام القاضي بجواز الأخذ بالشفعة من المشتري الشفع . فإذا ما تفاضل المشتري الشفع مع الشفعاء الآخرين ، وجب أن « تراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية » . وعلى ذلك إذا كان الشفع أعلى طبقة من المشتري فضل

(١) استئناف وطني ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٣٩ - مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ .

(٢) وأورد المشرع المصري النص الفرنسي للمادة ٨ من قانون الشفعة على الوجه الآتي :

Le droit de préemption subsiste, et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable, même dans le cas où l'ocquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er. pour se rendre lui-même préempteur.

عليه وأخذ العقار المبيع منه بالشفعة ، وإذا كان في طبقة ساواه وشاركه في العقار المبيع ، وإذا كان دونه طبقة لم يجز له الأخذ بالشفعة إذ يفضل عليه المشتري . وهذه الأحكام تتفق في حملها مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، وقد أراد المشرع المصري أن يستلهم هذا الفقه فيما قرره من ذلك ^(١) . ومع أنه من اليسير أن تستخلص هذه الأحكام من نص المادة ٨ من قانون الشفعة السابق الذي تقدم ذكره ، إلا أن كلا من الفقه والقضاء انقسم في تفسير هذا النص . فبعض فهم منه أنه يقضى بجواز أن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر في طبقة أو دونه طبقة ولا يأخذ بها من مشتر أعلى منه طبقة ، وهذا هو التفسير المعقول للنص ^(٢) . وبعض قصر النص على فرض واحد هو ما إذا زاحم المشتري شفيع أعلى منه طبقة مفسرا لفظ الأولوية (Préférence) بهذا

(١) وفي الفقه الإسلامي ، إذا شارك الشفيع المشتري الشفيع الذي هو من طبقة ، رأيان - رأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشتري الشفيع بالتساوي . جاء في الفتاوى الهندية (حنن) : « لو أن رجلا اشترى داراً هو شفيعها ، ثم جاء شفيع مثله ، قضى القاضي بنصفها » (الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٨) . وجاء في ابن عابدين (حنن) : « لو اشترى إثنان داراً وهما شفيعان ، ثم جاء ثالث بعد ما اقتسما بقضاء أو غيره ، فله ، أي للشفيع ، أن ينقض القسمة ضرورة صيرورة النصف ثلثاً » (ابن عابدين ٥ ص ٢٤١) . ورأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشتري الشفيع بنسبة حصة كل منهم في العقار المشفوع به . جاء في منح الجليل (مالك) : « إذا كان مشتري الشقص أحد الشفعاء ، ترك للشريك المشتري حصته من الشقص الذي اشتراه التي يشفع فيها لويبع لغيره . فإن اشترى ذو النصف ، ترك له ثلثه ، وأخذ ذو الثلث ثلثيه » (منح الجليل ٣ ص ٦٠٢) . هذا وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم جواز أخذ الشفيع بالشفعة إذا كان المشتري شفيعاً مثله . جاء في المنى (حنن) : « حكى عن الحسن والشعبى والبنى أنه لا شفعة للشريك الآخر ، لأنها تثبت للفقير ضرر للشريك الغني ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه » (المنى ٥ ص ٤٦٠) .

وانظر على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) فإذا شفع من مشتر في طبقة ، فاسم العقار المشفوع فيه بنسبة حصته في العقار المشفوع به (استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٢٨ - بنى سويف الكلية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٥ ص ٤٢٩ - منفلوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٤٥٩ - أحمد فتحي زغلول ص ٩٠ - ص ٩١ - حل زكي المرابي فقرة ٦٨ ص ٤٣ - دى هلتس ٣ لفظ Préemption فقرة ٤٦ ص ٩١ - وانظر في حبيج في القتالين بهذا الرأي محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ - محمد علي مرة ٢ فقرة ٢٢٨ ص ٥٦٠ - ص ٥٦٣ .

المعنى ، ففي هذا الفرض وحده يأخذ الشفيع بالشفعة من المشتري الشفيع ويفضل عليه ، أما في الفرضين الآخرين ، إذا كان الشفيع في طبقة المشتري أو كان دونه في الطبقة ، فلا ينطبق النص ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة (١) . ثم أخذ الرأي الأول يتغلب شيئاً فشيئاً حتى ساد الفقه أولاً (٢) ، ثم ساد القضاء بعد ذلك (٣) ، وبه أخذت محكمة النقض (٤) .

(١) استئناف مصر: ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٢٢٤ - استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ - طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ - استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤١ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣ - ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٧٠ - وانظر في حجج القائلين بهذا الرأي محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٧ - ص ٢٨٠ .

(٢) حامد فهمي في المشتري الشفيع كثيره من الشفعاء استحقاقاً ومزاحمة في مجلة المحاماة ٨ ص ٢٦١ - ص ٢٧٥ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٠٦ ص ٦٩٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٠ - ص ٢٨٢ - ومع ذلك أنظر محمد علي عرفة في تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ٤١٥ ص ٤٣٥ والجزء الثاني في أسباب كسب الملكية فقرة ٣٤١ .

(٣) استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٩ ص ٤٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨١ ص ١٤٧ - المحلة الكبرى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٧ ص ١٢٦ - ومع ذلك أنظر أسيوط الكلية ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٣ ص ٨٥ - وانظر في تطور القضاء في هذه المسألة محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن النص الفرنسي للمادة ٨ من قانون الشفعة ، وهو النص الأصل الذي وضع به القانون ، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق الأحكام الواردة في المادة ٧ في الحالة التي يكون فيها المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً . ولا يمكن أن يستفاد منه أن يكون حق الشفعة مقصوراً على حالة التزام بين شفعاء من طبقات مختلفة دون حالة التزام بين شفعاء من طبقة واحدة ، فالنص لا يحتمل هذه التفرقة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجعت القول الذي يقول بعدم جواز الشفعة في الحالة التي يكون فيها الشفيع من مرتبة المشتري ، أخذاً بما انتهى إليه الشارع في المادة ٩٣٧ من القانون المدني الجديد ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون على -

وواجه التقنين المدني الجديد هذا الرأي المتغلب ، ووازن بينه وبين الرأي الآخر ، فرجح عنده الرأي الآخر . ذلك أنه إذا أمكن التسليم بأن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر يكون الشفيع أعلى منه طبقة . فليس من اليسير أن يسلم بهذا الحق الاستثنائي ، وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني هي القاعدة التي تقضى ألا يتزع من المالك ملكه دون رضاه ، لشفيع لا يعلو على المشتري في طبقته . فإن الشفيع إذا كان في طبقة المشتري ، فلا معنى لإعطائه الحق في الشفعة ومشاركة المشتري في العقار المشفوع فيه ، فإن المشتري يعادله في الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذي وقع عليه دون الشفيع اختيار البائع فآثره بالصفقة . ولا مبرر هنا للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة ، فالشفيع لا يعلو على المشتري في الطبقة ، ثم إن المشتري ليس بأجنبي طراً على الشركة أو الحوار ويراد التخلص منه بالشفعة ، إذ هو شريك قديم أو جار قديم لا يقل شأنه في ذلك عن شأن الشفيع . وعلى ذلك أخذ التقنين المدني الجديد بعكس الرأي الذي كان سائداً في الفقه والقضاء ، ونص كما رأينا على أنه « إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . . . » . وقد حسم هذا النص كل خلاف في هذه المسألة ، ووضع الأمور في نصابها الصحيح .

فإذا كان هناك عقار يملكه اثنان في الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا مالكين للرقبة فقط ، واشترى أحدهما حق الانتفاع ، لم يجوز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ بالشفعة من الشريك الأول المشتري ويشاركه في حق الانتفاع لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الأولى . وإذا كان هناك عقار يملكه ثلاثة على الشيوع ، وباع أحد هؤلاء الشركاء حصته الشائعة لشريك

= ما جرى به قضاء محكمة النقض ، وذلك لأن هذا النص الذي طبقته المحكمة لا يسرى على الماضي ولا يعمل به إلا بالنسبة إلى المنازعات التي تقع ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، في حين أن دعوى الشفعة رفعت في سنة ١٩٤٧ (نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩) - وانظر نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكاتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٨ رقم ٦٨ - ٣ مارس سنة ١٩٥٥ نص المجموعة جزء أول ص ٧١٨ رقم ٧٠ .

ثانٍ ، لم يجوز للشريك الثالث أن يأخذ بالشفعة من الشريك الثاني ويشاركه في الحصة الشائعة المبيعة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثانية . وإذا رتب صاحب العقار حق انتفاع على عقاره لشخصين على الشيوع فأصبح مالكا للرقبة فقط ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثالثة . وإذا كان شخصان يملكان أرضا وحكراهما فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع صاحب حق الجكر حقه لأحدهما ، فإن الثاني لا يجوز له الأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في حق الجكر ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الرابعة . والعكس صحيح ، فإذا كان شخص يملك عقارا وحكراه لشخصين على الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي الجكر ، فإن صاحب الجكر الثاني لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي أيضا الطبقة الرابعة . وإذا باع شخص عقاره لأحد جيرانه ممن يحق لهم أخذ العقار بالشفعة ، لم يجوز لجار آخر أن يأخذ بالشفعة من الجار المشتري ، إذ أن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الخامسة .

٢٠١ - تزامم المشتري مع متفءاء أعلى منه طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل . . . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أعلى منه طبقة . ففي هذا الفرض وحده يفضل الشفيع على المشتري لأنه أعلى منه طبقة ، ويجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري . وليس للمشتري أن يعترض ، فإن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري ، وليس للبائع أن يؤثر المشتري على

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٢ .

الشفيع على خلاف ما يقضى به القانون من إثارة الشفيع على المشتري (١) .
وعلى ذلك إذا كان مالك العقار قد رتب عليه حق انتفاع لشريكين في
الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، وباع أحد الشريكين في حق الانتفاع
حصته الشائعة في هذا الحق للشريك الآخر ، فإن مالك الرقبة له أن يأخذ هذه
الحصة الشائعة من المشتري بالشفعة . ولا يستطيع المشتري الشريك في حق
الانتفاع أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه شريك في الشيوع ،
ذلك لأن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الأولى في حين
أن الشريك في الشيوع في الطبقة الثانية .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا في الشيوع ورتبا عليه حق
انتفاع فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة
لصاحب حق الانتفاع ، فإن الشريك الآخر في الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة
الشائعة بالشفعة من صاحب حق الانتفاع . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع
دعوى الشريك بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الانتفاع ، ذلك لأن
الشريك الآخر في الرقبة شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة
الثانية في حين أن صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا على الشيوع وحكراه
فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لصاحب
حق الحكر ، جاز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة
من صاحب حق الحكر . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشفعة بأنه
هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الحكر ، ذلك لأن الشريك الآخر في الرقبة
شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الثانية في حين أن
صاحب حق الحكر في الطبقة الرابعة .

(١) وعندما ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدق هذه المسألة ، قال أحد الأعضاء « إنه يرى
تفضيل المشتري حتى على الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى ، واقترح تعديل النص بهذا المعنى ،
واستند في ذلك إلى مبدأ حرية التعاقد وإلى أن المشتري في هذه الحالة يجمع بين صفتي المشتري
والشفيع . وأخذ الرئيس الآراء على التعديل . . . فرققت اللجنة الاقتراح بأغلبية الآراء »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ في الهامش) . وقررت اللجنة تقديم الشفيع على
المشتري ، إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشتري .

وعلى ذلك أخيراً إذا كان شخصان يملكان عقارا في الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة لجار ، جاز للشريك الآخر في الشيوع أن يأخذ الحصة الشائعة من الجار بالشفعة . ولا يستطيع الجار أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفع لأنه جار ، ذلك أن الشريك الآخر في الشيوع أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الثانية والجار في الطبقة الخامسة .

أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإن أى جار آخر ، ولو كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر ، لا يستطيع الأخذ بالشفعة من الجار المشتري . ذلك أن كل الجيران في رأينا من طبقة واحدة ، ولا يعلو أحدهم على الآخرين لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . والمادة ٩٣٦ مدني ، عند ما رتب طبقات الشفعاء : لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هي الطبقة الأخيرة ، فلا يعلو جار على جار . ومن ثم إذا اشترى جار العقار المشفوع فيه ، لم يستطع أى جار آخر ولو كانت منفعة أكبر أن يأخذ منه العقار بالشفعة لأنه من طبقته^(١) ، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتري يكون شفعيا من طبقته كما سبق القول^(٢) . وإنما يتفاضل الجيران بالمنفعة الأكبر إذا كانوا كلهم شفعاء دون أن يكون فيهم مشتر ، فإذا كان أحد الجيران هو المشتري تميز على سائر الجيران لأنهم جميعا من طبقته كما قدمنا فلا يجوز لهم أن يأخذوا منه العقار المبيع بالشفعة^(٣) . وإذا اعتبرنا مالك الطبقة شفعيا بسبب الحوار كما

(١) أنظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ من ٢٦٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٩٢ من ٤٣٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ من ٢٢٦ - وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥٩ من ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

(٣) ومع ذلك جرى القضاء ، في عهد قانون الشفعة السابق ، بأن الشفع الجار يقدم على المشتري الجار ، فيكون له حق الأخذ بالشفعة ، إذا كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تعدد طالبو الشفعة من الجيران ، وكان المشتري أحد الشفعاء ، وجب أن يرجع منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . (استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ من ٩٣٠) . وانظر استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ من ٤٨٨ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ من ٥٢٨ - استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٧٠ - وقضت -

هو الرأي الراجح ، فإنه يدخل أيضا في الطبقة الخامسة مع سائر الجيران. وعلى ذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشر هو من طبقته ، وكذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأسفل لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لنفس السبب . ولنفس السبب أيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لأحد صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل ، لم يستطع الجار العادي أن يأخذ بالشفعة المبيعة . ولنفس السبب أخيرا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لجار عادي ، لم يستطع أي من صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل أن يأخذ بالشفعة المبيعة ، وذلك بالرغم من أن صاحب الطبقة الشفيع أوثق اتصالا بالطبقة المبيعة وتعود عليه الشفعة بمنفعة أكبر ، فهو مع ذلك كله لا يزال في طبقة الجار العادي كما سبق القول . ولو قلنا بأن صاحب الطبقة يشفع باعتباره شريكا في الشيوع لتغير الحكم ، ولأخذ بالشفعة من مشر هو جار عادي لأنه يصبح أعلى منه طبقة ، إذ يصبح في الطبقة الثانية باعتباره شريكا في الشيوع في حين أن الجار العادي هو في الطبقة الخامسة . ولكن صاحب الطبقة ، حتى باعتباره شريكا في الشيوع ، لا يأخذ بالشفعة المبيعة من مشر هو صاحب طبقة أخرى ، لأن كلا من الشفيع والمشتري شريك في الشيوع أي في طبقة واحدة ، ولا يأخذ شفيع بالشفعة عقارا اشتراه شفيع من طبقته كما سبق القول (١) .

= محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبق ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً ، وفي هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة في المادة السابقة لتزاحم الشفعاء . وتنص المادة السابعة على أنه إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وإعمالاً لهذه النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التي تعود على ملك الشفيع وتلك التي تعود على ملك المشتري ، وأن تفصل في طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التي تعود على ملك المشتري أكبر أو إذا تساوت المنفعتان . أما إذ هي لم تفعل ، ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة في سببها ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) .

وانظر في هذا المعنى محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ - محمد حل عرق ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٥٥٦ .
(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

البحث الثاني

كيفية الأخذ بالشفعة

٢٠٢ - إعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن مع رفع

دعوى الشفعة وصدور حكم بقبول الحق فيها : ومتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فإن الشفيع يلزمه اتباع إجراءات رسمها القانون للأخذ بالشفعة . ويمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين : (المرحلة الأولى) إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

(المرحلة الثانية) إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بقبول الحق فيها.

المطلب الأول

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

٢٠٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٤٠ مدنى على ما يأتى :

« على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك ^(١) . »

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها لكل من البائع والمشتري فى ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبائع أو من تاريخ الإنذار الرسمى الذى أعلنه به البائع أو المشتري . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . وفى لجنة المراجعة أضيف النص على سقوط الحق فى الشفعة عند عدم إعلان الرغبة فى الميعاد المقرر ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١١٠٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة « من تاريخ علمه بالبائع أو » ، فتسرى مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى وحده دون العلم بالبائع ، وإذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبائع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسبنا لذلك رأيت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمى وحده ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٠ . ويبدو أن التعديل الذى أدخله مجلس النواب بحذف سريان الميعاد من تاريخ العلم بالبائع قد أغفل إثباته ، فوسل النص بدون هذا التعديل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فأدخلت هذه اللجنة التعديل ذاته مرة أخرى على النص ، إذ رأيت « حسماً للخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمى لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل ، ولذلك تقرر حذف عبارة من تاريخ علمه بالبائع أو » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٠ ، وقد أصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٠ - ص ٤١٧) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ١/١٤ وم ٢/١٩ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٨ (العبارة الأولى) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ (٢) والحق في الشفعة يثبت إما بالتراضي أو بالتقاضي .

وهو يثبت بالتراضي متى سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضاء منه ، فيحل الشفيع محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع ،

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بطلبه له كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً .

م ٢/١٩ : يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية : إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بإبداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة .

(وتنفق أحكام قانون الشفعة السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أمرين : (١) كان من الواجب في قانون الشفعة السابق أن يتضمن إعلان الرغبة عرض الثمن وملحقاته ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استغنى عن ذلك بالزام الشفيع أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . (٢) كان ميعاد خمسة عشر يوماً في قانون الشفعة السابق يسرى إما من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت إنذاره بوقوعه ، أما في التقنين المدني الجديد فلا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ الإنذار لأنه تاريخ ثابته رسمياً فلا يقع الاختلاف فيه ، وقد حذف سريان الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع لأن العلم بالبيع واقعة غير منضبطة التاريخ وتشهد كثيراً من الإشكالات إذا أريد إثباتها) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ (مطابق)

التقنين المدني العراقي : م ١١٣٨ عبارة الأولى (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى

الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . (والقانون اللبناني موافق للتقنين المصري ، فيما عدا أن ميعاد إعلان الرغبة عشرة أيام في القانون اللبناني بدلا من خمسة عشر يوماً في التقنين المصري)

ويكون على الشفيع التزامات المشتري وله حقوقه على الوجه الذي سنبينه عند الكلام في آثار الأخذ بالشفعة . ويصح التسليم بالشفعة في أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة . ومتى حصل التسليم بالشفعة . وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوباً ، وأن تتخذ الإجراءات المقررة في القانون للتسجيل .

ولكن الشفعة أكثر ما تؤخذ بالتقاضى ، وقل أن يسلم المشتري للشفيع بالشفعة . ولو كان التسليم في نيته لتردد كثيراً قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك ما لم يكن يجهل وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة . وللتقاضى في الشفعة إجراءات رسمها القانون ، ومواعيد محددة تجب مراعاتها .

فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، وهى التى تتولى هنا بيانها . وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع ، ويكون ذلك بانذار رسمى يوجه إليه من المشتري أو من البائع . وبلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة بإعلان رسمى لكل من المشتري والبائع ، وذلك في ميعاد معين ، ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

فتكلم في المسائل الآتية : (١) الإنذار الرسمى بوقوع البيع . (٢) إيداع الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . (٣) ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . (٤) تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

٢٠٤ - الإنذار الرسمى بوقوع البيع - نص قانونى : تنص المادة

٩٤١ مدنى على ما يأتى :

« يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا » :

« (١) بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً . »

« (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآف : « يعلن الإنذار الرسمى المنصوص عليه في المادة السابقة على يد محضر ، وإلا كان باطلا . ويجب أن يشتمل على ما يأتى : (أ) بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده وصاحته . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته ومحل سكنه . وفى لجنة المراجعة عدل النص « بحذف العبارات المتضمنة تفصيلات لاحاجة لها ، فأصبح كما يأتى : « يشمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه في المادة السابقة البيانات الآتية ، وإلا كان باطلا : (أ) بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه » ، وصار رقمه ١٠١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيف إلى مشكلات الإنذار الرسمى فضلاً عن بيان الثمن « المصروفات الرسمية » « كصاريف التسجيل وما يماثلها ، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسيرة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة » ، وأصبح النص تحت رقم ٩٤١ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٧ - ص ٤١٩) . ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ٢١ : يجب أن يعلن التكليف الرسمى المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر ، وأن يشتمل على البيانات الآتية ، وإلا عد لاغياً . وهذه البيانات هى : أولاً - بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه . ثانياً - بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصناعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري . (وأحكام قانون الشفعة السابق فى هذا الخصوص تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ٩٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١١٣٨ : على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبائع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان المقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل إقامته ، وإلا كان الإنذار باطلا .

(والتقنين العراقى يوافق التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ١/٢٤٧ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : للمشتري بعد تسجيل العقد أن يعلم الشفعة بالتسجيل بواسطة الكاتب العدل المقيم فى لبنان ، ووفقاً -

وتفتتح إجراءات الشفعة عادة بهذا الإنذار الرسمي ، والغرض منه إخطار الشفيع بوقوع البيع الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة وبالتمن وشروط البيع ، حتى يتدبر الشفيع أمره فإذا رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته في ذلك . والإنذار يوجهه المشتري أو البائع (انظر م ٩٤٠ مدني) ، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك عن أن يوجهه الآخر . ويوجه الإنذار إلى الشفيع (١) إذا كان واحداً ، فإذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم ، حتى من كانت طبقة متأخرة ، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة .

ويجب أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر ، فالإخطار الشفوي ، بل الإخطار المكتوب (ككتاب في البريد ولو كان مسجلاً بعلم وصول) إذا لم يكن إنذاراً رسمياً على يد محضر ، لا يكفي لجعل ميعاد الخمسة عشر يوماً لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يسري (٢) .

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية ، وإلا كان باطلاً فلا يسري ميعاد الخمسة عشر يوماً : أولاً - بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً ، ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته وبذكر أي بيان آخر من شأنه أن يكون نافياً للجهالة بالعقار (٣) . ثانياً - بيان الثمن الذي يبيع به العقار ، وبيان

= للمادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية للمقيمين في بلاد أجنبية ، على أن يبين في التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل إقامتهما والثمن وملحقاته وشروط المقدم . (والقانون البناني يوجب على المشتري تسجيل البيع ثم إرسال تبليغ رسمي للشفيع يشتمل على بيانات مماثلة لبيانات المشار إليها في التقنين المدني المصري) .

(١) ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع ، إذا كان مفوضاً في تمثيل موكله أمام المحاكم وفي أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام (استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧) .

وسواء كان الإنذار موجهاً إلى الشفيع أو إلى وكيله ، فإنه يجب أن يكون إعلان هذا الإنذار في موطن المعلن إليه أي في 'المكان الذي يقيم فيه عادة (م ١/٤٠ مدني) ، لافي المكان الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة فإن هذا المكان لا يكون موطناً إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدني) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (أنظر مايل فقرة ٢٠٥) .

(٢) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧ .

(٣) فإذا كان الشفيع شريكاً مشتركاً في العقار ، ووصف الإنذار العقار المبيع بأنه حصة شائعة في هذا العقار مقدارها كذا فداناً بناحية كذا تتبعها مائة وسراى ومبان ، فهذا =

المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن . ويراد بالمصروفات الرسمية الرسوم المقررة ، كرسوم توثيق البيع إذا كتب في ورقة رسمية ورسوم التسجيل إذا سجل . أما المصروفات الأخرى ، كالسمرة وأتعاب المحاماة ، فليس من الواجب ذكرها ، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدة بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات. (١) ويذكر كذلك في الإنذار اسم كل من المشتري والبائع ولقبه وصناعته ودرجته وذلك حتى يتعين تعيينا كافيا وحتى يمكن أن يعلن برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك (٢).

= البيان كاف مانع للجهالة . وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقار على هذا النحو كاف ، ومن شأنه تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً نافياً للجهالة ، بحيث يستطيع أن يتدبر في أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك ، وبأن تقرير ما إذا كان بيان العقار المبيع كافياً أو غير كاف مزروك لقاضي الموضوع ، فتي أقام قضاءه على أسباب سائفة فلا معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٠ ص ١٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٢٣ ص ٤٢٩ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ .

(١) أنظر التمديل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن ص ٦٢٤ هامش ١ - وكان هذا التمديل الذي يقضى ببيان المصروفات الرسمية في الإنذار مفهوماً لو كان الشفيع يلتزم ، قبل رفع دعوى الشفعة ، بإيداع الثمن والمصروفات الرسمية . ولكتناستري (أنظر مايل فقرة ٢١٤) أن الشفيع يلتزم بإيداع الثمن وحده دون المصروفات ، وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فتكون جميعها محل مطالبة على حدة . فليست هناك إذن فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي ، وكان يكفي ذكر الثمن فهو وحده الذي يلتزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بشروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الإنذار هي شروطه الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها ، حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أولاً يقدم . وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقاً للمادة ٩٤٢ مدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها ، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة ، كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدني لا يستفيد الشفيع من أجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع ، وحتى في حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل في الميعاد القانوني . ومن ثم فليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها ، وبالتالي فإن عدم اشتمال الإنذار الموجهة من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار . ولا يعتبر كذلك من شروط =

وحتى يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما لإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، يجب توجيه هذا الإنذار الرسمي إلى الشفيع على الوجه السابق بيانه ، ولا يغنى عنه أية ورقة رسمية أخرى ولو كانت معلنة على يد محضر. فلو أن المشتري لحصة شائعة في عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد ، وأدخل في الدعوى سائر الشركاء في الشيوع ليكون الحكم في مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد ، لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمي ، بالرغم من أن عريضة دعوى صحة التعاقد تتضمن عادة البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي. (١) ومن ثم يبقى للشركاء في الشيوع حق الأخذ بالشفعة ، حتى لو انقضى خمسة عشر يوما من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد، ما دام المشتري أو البائع لم يوجه لهم الإنذار الرسمي على الوجه الذي تقدم ذكره . وإذا كان الشفيع يستطيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذاره من المشتري أو من البائع بوقوع البيع ، فان ذلك لا يمنع من أنه يستطيع إعلان هذه الرغبة قبل أن يصله أى إنذار رسمي . فتي علم بالبيع ، جاز له أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة على الوجه الذي سنبينه (٢) ، دون حاجة إلى انتظار الإنذار . بل جاز له قبل الإنذار أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، ويعتبر إعلان عريضة دعوى الشفعة إعلانا للرغبة في الأخذ بالشفعة كما سيجيء (٣) .

٢٠٥ - إعماله الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة - نص قانونى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى :

« إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا ، وإلا كان

البيع الذى توجب المادة ٩٤١ مدنى اشمال الإنذار عليها ما ورد فى عقد البيع الصادر للمشتري من أن البائع له تلقى ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائى ، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تملك البائع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١) .

(١) استئناف القاهرة ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٤ ص ٦٦٩ - شين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٥ ص ٨٣٣ - محمد على عركة ٢ بقرة ٢٨٤ ص ٤٧٨ و ص ٤٨٠ - عبد المنعم فرج الصلة بقرة ٣١٢ ص ٤٧٠

(٢) عبد المنعم البدر اوى بقرة ٤٥١ .

(٣) أنظر مايل بقرة ٢٠٥ .

باطلا . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل ، (١) .
فتى أنذر الشفيع بوقوع البيع على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فانه
يجب عليه ، إذا أراد الأخذ بالشفعة ، أن يبدى رغبته فى ذلك ، وأن
يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشتري والبائع . وقد رأينا المادة ٩٤٠ مدنى (٢)
تقول : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٠ / ١ و ٢ و ٤ من المشروع التمهيدى
على الوجه الآتى : « ١ - إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون على يد محضر ، وإلا
كان باطلا . . ٢ - ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل فى قلم الرهون بالمحكمة
المختلطة الكائن فى دائرتها العقار . ٤ - وإذا كانت الشفعة بين مصريين ، يكتفى بحصول
ذلك التسجيل فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة .
وعلى هذه المحكمة أن تبث بصورة منه إلى قلم الرهون بالمحكمة المختلطة الكائن فى دائرتها العقار ،
لتسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير من ذوى الجنسية الأجنبية الذين
يخضعون لاختصاص المحاكم المختلطة إلا من تاريخ هذا التسجيل الأخير » . وفى لجنة المراجعة
أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة كما حذفت الفقرة
الرابعة ، وذلك مراعاة للتنسيق الخاص بأحكام التسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، ووافقت
اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٥ / ٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب
تحت رقم ١٠١٢ / ٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرة الثالثة إلى الفقرة الأولى وجعلنا
فقرة واحدة لاتصال حكمهما ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١ / ٩٤٢ . ووافق
مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥) .
ويقابل النص المادة ١٤ من قانون الشفعة السابق (المعدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦
بتنظيم الشهر العقارى) : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها
كتابة على يد محضر . ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى مكتب
الشهر الكائن بدائرتة العقار .

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأولى : التقنين المدنى السورى : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ١ / ٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١١٣٨ (أنظر آنفاً ص ٦٢٤ هامش ١) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ٢ / ٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى

الشفيع أن يطالب بحق الشفعة . . . (والظاهر أن المقصود بالمطالبة بحق الشفعة هو رفع دعوى
الشفعة كما سيبنى : أنظر مايل ص ٦٧٠ هامش ٢ . وعلى ذلك لا يشترط فى القانون اللبناني
أن يسبق رفع دعوى الشفعة ابداء الرغبة فى الأخذ بها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

والمشتري . . . : فاعلان الرغبة يوجه من الشفيع إذا كان واحدا ، أو من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة إذا تعدد الشفعاء . ويجب أن يوجه إلى كل من المشتري والبائع ، فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر ، أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد الميعاد المقرر ، كان باطلا ، ومن ثم تسقط شفعة الشفيع (١) . ذلك أن كلا من المشتري والبائع خصم في دعوى الشفعة إذا أخذت بالتقاضي ، وطرف فيها إذا تمت بالتراضي . فالشفيع ، إذا ثبت له الحق في الشفعة ، يحل محل المشتري في مواجهة البائع ، فيكون له حقوق المشتري قبل البائع وعليه التزاماته نحوه ، ومن ثم كان هو طرفا في الشفعة والطرف الآخر هو كل من المشتري والبائع (٢) .

ويكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لكل من المشتري والبائع إعلانا رسميا على يد محضر ، وإلا كان باطلا ، كما تنص على ذلك صراحة للمادتان ٩٤٠ و ٩٤٢/١ مدني سالفهما الذكر (٣) . فيوجه الشفيع الإعلان الرسمي إلى

(١) نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣ ص ٥٤٦ - ٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٨ - محمد على عرقة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣ - ويصح للشفيع أن يوجه إعلانا واحدا لكل من البائع والمشتري ، كما يصح أن يوجه إليهما إعلانين مستقلين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩) . وإذا كان طلب الشفعة ناقصا وأكله الشفيع بطلب لاحق ، فلا بد من إعلان الطلب اللاحق في الميعاد القانوني وإلا بطلت الشفعة ، لأن الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يعتد به ، ولأن الطلب اللاحق الذي يكل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانوني فلا يعتد به أيضاً (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٦) .

(٢) وإذا تعدد البائعون أو المشترون ، وجب إعلانهم جميعاً بطلب الشفعة في الميعاد القانوني . ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بسقوط حق الشفيع لعدم توجيهه إنذار الرغبة إلى جميع البائعين . فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ، ولذلك ذكر بها أسمائهم وأماكنهم على حقيقتها ، وكان المشتري لم يعترض على هذه الصحيفة بأي اعتراض ولم يوجه إليها أي طعن ولم يقدم أي دليل على عدم صحة هذه الإجابة ، فإن أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ في القانون ولا جيباً في الاستدلال (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٩١ ص ١٠٧ - وانظر محمد على عرقة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣) .

(٣) وقد قضت المادة ٩٤٠ مدني (انظر آنفاً فقرة ٢٠٣) بأن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، وإلا سقط حق الشفيع . وكانت المادة ١/١٤ من قانون الشفعة =

موطن كل من المشتري والبائع ، أى إلى المحل الذى يقيم فيه ، ولا يصح أن يوجه الإعلان إلى المحل الذى يباشر فيه عمله من تجارة أو حرفة . ذلك أن المادة ١١ مرافعات تقضى بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ، وتقضى المادة ١/٤٠ مدنى بأن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » . فيجب إذن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في المكان الذى يقيم فيه عادة كل من المشتري والبائع . ولا يجوز إعلانه في المكان الذى يباشر فيه المشتري أو البائع تجارته أو حرفته ، فإن هذا المكان لا يعتبر موطناً له إلا « بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » (م ٤١ مدنى) (١) .

سابق تنص على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بطلبه كتابة على يد محضر » ، ولم ينص صراحة على السقوط . فذهب رأى إلى أن إغفال إعلان البائع بطلب الشفعة لا يؤدى إلى سقوطها بحجة عدم النص صراحة على السقوط (أسيوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - وقارن تقضى مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد في المادة ٩٤٠ منه كما رأينا صراحة على سقوط حق الشفع . وذهب رأى كذلك ، في عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن طلب الشفعة يجوز أن يكون بإعلان غير رسمى ولو بكتاب في البريد لنفس السبب وهو عدم النص صراحة على السقوط في المادة ١/١٤ من قانون الشفعة السابق (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ ص ٥١٤ - الإسكندرية الوطنية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ - أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد في المادة ١/٩٤٢ كما رأينا على بطلان الإعلان إذا لم يكن رسمياً . فحسم التقنين المدنى الجديد ، على هذا الوجه ، كل الخلافات التى كانت قائمة في شأن هذين الأمرين (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٦ - محمد على حرفة ٢ فقرة ٢٨٨) .

(١) أنظر في هذا المعنى محمد على حرفة ٢ فقرة ٢٨٦ ص ٤٨٠ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المحل المقصود في المادة السادسة من قانون المرافعات (القديم) هو المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولوغاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى ، كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه ، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات (القديم) قد تحدثت عن خادم المعلن إليه أو أقاربه الساكنين معه ، فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حين يكون الإعلان قد وجه إلى سكن المراد إعلانه . وهو لا يفتى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل إلا المسكن ، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلاً .

وإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة (١) على الوجه المتقدم الذكر ، ولم يعض في الإجراءات التالية لذلك ، كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني على ما سذكروه ، فإن حقه في الشفعة يسقط . وإعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة إرادة منفردة صادرة من جانبه ، فهي تصرف قانوني صادر من جانب واحد . وفي رأينا أن هذه الإرادة التي صدرت من جانب الشفيع هي العنصر الذي يستكمل به عناصر الأخذ بالشفعة ، وبمجرد إعلانها إلى كل من البائع والمشتري تتكامل هذه العناصر ، فيحل الشفيع محل المشتري إزاء البائع بحكم القانون (٢) . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يرجع في هذه الإرادة ويعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها ، إلا برضاء المشتري (٣) . ولا بد من هذا الرضاء أيضا — ومن باب

— أن ينص على وجوب الإعلان في المسكن ، بدلا من أن ينص على وجوبه في المثل ، مع الفارق الواضح في مدلول القطين . وعلى ذلك يكون إنذار إظهار الرغبة الذي أعلن في مكتب المقاولات صحیحاً (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) — وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٢٩٩ هامش ٣ .

ولكن جد بعد حكم محكمة النقض أن صدر التقنين المدني الجديد يعرف الموطن بأنه «المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة» (م ٤٠ / ١ مدني) ، فأصبح الإعلان في غير هذا المكان لا يجوز ، إلا فيما يتعلق بتجارة الشخص أو حرفته فيكون الموطن عندئذ الذي يجوز إعلان الشخص فيه هو المكان الذي يباشر فيه الشخص التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدني) .

(١) واشتمال إعلان الرغبة على رأى الشفيع في بطلان عقد البيع لصدوره وقت التفكير في الحبر على البائع أولأنه تناول أكثر مما يملك ، لا يزيل الآثار القانونية المترتبة على هذا الإعلان ، متى كان قد تضمن إهداء الرغبة في الأخذ بالشفعة بصورة تكن للتمييز عن نيته (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٠ رقم ٨١) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٤٥١ . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا بد من تسجيل الحكم الصادر بثبوت الحق في الشفعة ، أو تسجيل الورقة المثبتة للتراضى على الأخذ بالشفعة ، وسيأتي تفصيل ذلك . ويلاحظ أن حلول الشفيع محل المشتري بإعلان الرغبة في الشفعة لا بد أن يكون خالياً من النزاع ، ولا يخلو من النزاع إلا بأحد أمرين : تسليم المشتري بالشفعة أو صدور حكم نهائي بها . ولكن كلا من تسليم المشتري والحكم بالشفعة لا ينشئ حق الشفيع في الحلول محل المشتري ، ولكن يكشف عنه ويجعله خالياً من النزاع على الرأى الذي تذهب إليه فيما سيجي . والحكم بالشفعة يقتضى رفع دعوى بالشفعة وقيد الدعوى في المواعيد القانونية ، ولا تكون الدعوى مقبولة إلا إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة قبل رفضها .

(٣) وقد يقال إن الشفيع يستطيع المدول عن الأخذ بالشفعة بعد إعلان رغبته فيها عن طريق عدم إيداع الثمن أو عدم رفع الدعوى في الميعاد القانوني . وهذا صحيح ، ولكن يبي

أولى - إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة ، وأراد بعد ذلك العدول عن طلبها .
 أما رأى الذى يقول بأن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة إلا بصدور حكم
 بثبوت حقه فى ذلك أو بالتراضى عليها مع المشتري ، وسيجىء بيان ذلك ،
 فانه يذهب بحكم منطقته إلى أنه يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن
 أعلن رغبته فى الأخذ بها ، وذلك ما لم يقبل المشتري طلب الشفيع وبسلم له
 بالشفعة ويخطر به هذا القبول ، فعند ذلك لا يجوز للشفيع أن يرجع فى طلبه
 لحصول تعاقد صريح بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيه إلا بتراض جديد (١) .
 ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى
 الشفعة رأساً على كل من البائع والمشتري . ولكن يشترط فى ذلك أن تعلن
 عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري فى خلال خمسة عشر يوماً من يوم
 الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ
 بالشفعة حاصلًا فى الميعاد القانونى ، كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل
 رفع الدعوى حتى يكون رفع الدعوى صحيحاً إذ تشترط الفقرة الثانية من
 المادة ٩٤٢ مدنى كما سنرى ، أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى
 بالشفعة ، (٢) . وعند ذلك يحل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة فى
 الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يعضى فى الإجراءات (٣) .

« أنه ملزم بإرادته التى أعلنها بحيث لو سلم المشتري بالشفعة إثر إعلانه برغبة الشفيع فيها ،
 خلا حق الشفيع من النزاع وثبتت شفعته ، حتى لو عدل عن الإرادة التى أعلنها .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠ - ويذهب إلى أن قيد
 الدعوى بالجدول يجوز أن يتم فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى ، لأن المشرع
 اشترط رفع الدعوى وقيدتها فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة (م ٩٤٣ مدنى) ،
 وبما أن إعلان صحيفة الدعوى قد تضمن فى نفس الوقت إعلان الرغبة فيكون من حق الشفيع أن
 يتراضى فى تيد دعواه حتى يستنفذ هذا الميعاد (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠) . ونرى
 صحة ما يذهب إليه فى ذلك ، على أنه يلاحظ أن تقنين المرافعات قد عدل فى هذه المسألة ،
 فأصبح قيد الدعوى يسبق إعلان صحيفة كما سنرى ، ومن ثم لا يتأتى الآن للشفيع أن يعلن صحيفة
 الدعوى قبل أن يقيد الدعوى .

(٣) استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٣ ص ٥٤٦ - طنطا

الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - ١٢ مايو سنة ١٩١٧
 المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩ ص ٨ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ -

ولكن إذا سلم المشتري عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع ، فإن الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها (١) .

٢٠٦ - ميعاد إعلانه الرغبة فى الأخذ بالشفعة - نص قانونى : ويجوز

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع ، فيستطيع الشفيع دون أن ينتظر هذا الإعلان ، وبمجرد علمه بوقوع البيع ، أن يبادر إلى إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبائع (٢) . بل يجوز للشفيع أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة رفع دعوى الشفعة رأساً ، بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة ، ويقدم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سبق القول (٣) .

ولكن إذا لم يوجد مبدأ للوقت الذى يجوز فيه للشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة غير وقت وقوع البيع ، فإنه توجد نهاية لهذا الوقت لا يستطيع الشفيع إذا جاوزها أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إعلاناً صحيحاً ، ومن ثم تسقط شفعته . فهو لا يستطيع أولاً أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذا أنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار . وهو لا يستطيع ثانياً أن يعلن هذه الرغبة ، إذا لم ينذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع . وهو لا يستطيع أخيراً إعلان هذه الرغبة ، إذا لم ينذر بالبيع ولم يسجل هذا العقد ، بعد خمس عشرة سنة من تمام عقد البيع لأن حقه فى طلب الشفعة يكون قد سقط بالتقادم . ونتناول هذه الفروض الثلاثة على التعاقب :

-
- ص ٤٠٢ - أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٠٩ - ١٠ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ ص ٤٠٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٩ ص ٢٧٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣ - وانظر آنفاً ص ٦٢٧ .
- (١) طنطا الكلية ١٦ يولييه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسنية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ .
- (٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٧ .
- (٣) أنظر آنفاً ص ٦٣٢ .

أولا - إذا أُنذر الشفيع بوقوع البيع : رأينا (١) أن المادة ٩٤٠ مدني تنص على أنه « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . فيجب إذن على الشفيع ، إذا أُنذره أى من البائع أو المشتري بوقوع البيع وأراد الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري في الأخذ بها في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بوقوع البيع . وكانت المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق تقضي بأن يسقط حق الشفعة « إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » (٢) . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٠ من التقنين المدني الجديد موافقا في حكمه لحكم المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق ، إذ كان يقضي بأن ميعاد الخمسة عشر يوما يسرى من وقت إنذار الشفيع بوقوع البيع أو من وقت علمه بذلك . وقد حذفت لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب عبارة « من تاريخ علمه بالبيع » ، فجعلت ميعاد الخمسة عشر يوما يسرى من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبيع ، « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيرا من الإشكالات والقضايا ، فحسما لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمي وحده » . وأبدت لجنة مجلس الشيوخ وجهة النظر هذه ، إذ رأت حسما للخلاف ومنعا للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمي ، لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل » (٣) .

وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ، كما كان يعتد به في قانون الشفعة السابق (٤) - ومهما أقام المشتري من دليل على علم الشفيع بالبيع وأثبت

(١) أنظر. آنفاً فقرة ٢٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٢ هامش ١ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢١ هامش ١ .

(٤) فإذا وقع بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة وحصل العلم به قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أي قبل سريان التقنين المدني الجديد وفي أثناء سريان قانون الشفعة السابق ، سرى هذا القانون -

على وجه التحقيق أنه علم به في وقت معين ، فان ميعاد الخمسة العشر يوماً

= الأخير ، ووجب على الشفيع طلب الشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذاره بالبيع أو من يوم علمه به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع سبب الشفعة قد انعقد في ظل قانون الشفعة القديم ، في حين أن طلب الشفعة قد بدأت إجراءاته في ظل القانون المدني الجديد ، فانه لا يعيب الحكم المطعون فيه أن يكون أحال الدعوى إلى التحقيق لإثبات تاريخ العلم بالبيع ، ذلك أن العلم بالبيع كواقعة إنما يخضع في إثباته للقانون الذي كان سارياً وقت حصوله (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وقضت أيضاً في نفس المعنى بأنه متى كان الثابت أن عقد البيع أساس الشفعة قد انعقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد ، وحصل العلم به قبل هذا التاريخ كان قانون الشفعة القديم هو الذي يجب تطبيقه على إثبات علم الشفيع بالبيع . فيجوز للمحكمة في هذه الحالة بأن تقضى ، ولو بعد ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، بإحالة الدعوى على التحقيق ليثبت المشتري بكافة الطرق أن الشفيع علم بالبيع قبل ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وأنه لم يبد رغبته في الأخذ بالشفعة في مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم . لا يجوز لها أن تطبق في هذا الخصوص ما نصت عليه المادة ٩٤٠ من القانون المدني الجديد من أن الخمسة عشر يوماً لا تبدأ من تاريخ العلم بل من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع من البائع أو المشتري ، لأن في هذا التطبيق إخلالاً بالقاعدة العامة وهي عدم سريان القانون على الوقائع السابقة على العمل به (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٢ ص ٥٧٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - أما بالنسبة إلى سائر إجراءات الشفعة ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن المبرة بالوقت الذي يقع فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإن كان هذا الوقت سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فقانون الشفعة السابق هو الذي يسرى على سائر الإجراءات التي تلي إعلان الرغبة ، وإن كان وقت إعلان الرغبة غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى . انظر نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٧٦ - ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - وانظر ما يلى ص ٦٧٨ هامش ٣ . وإذا طبق قانون الشفعة السابق فيما يتعلق بالعلم بالبيع فإن المقصود بالعلم هو العلم بإمكان عقد البيع ، أي العلم التفصيلي بالبيع وبالثمن وبالشروط الأساسية مما يمكن الشفيع من تقدير ما إذا كان يأخذ بالشفعة أولاً يأخذ بها (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن علم الشفيع بأركان البيع وحدها يوجب عليه المبادرة إلى طلب الشفعة في الميعاد الذي عينه القانون ، ولا يقبل منه في هذه الحالة إذا هو آخر الطلب عن ميعاده الاعتذار بأنه ما كان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يقترن ، لأن الأصل في التصرفات أن تكون خالية من الشروط (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . ويسري الميعاد من تاريخ العلم بالبيع ، لا من تاريخ العلم بالتسجيل ،

لا يسرى من هذا الوقت . ويستطيع الشفيع أن ينتظر ولا يطلب الشفعة حتى

= لأن الحق في الشفعة ينشأ عند تمام البيع لا عند تسجيله (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢) ، ولأن تاريخ العلم بقرار المجلس المحبى القاضى بالموافقة على بيع أطيان القاصر إذا وقع البيع بعد صدور هذا القرار (نقض ملف ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٣ ص ١١٠٧) . وتجب ملاحظة أن العلم المسقط لحق الشفعة هو العلم الواقعى لا العلم الافتراضى ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بسقوط حق الشفيع بناء على أن إعلانه أحد البائعين برغبته في الأخذ بالشفعة وإدخاله في الدعوى كان بعد الميعاد القانونى مع علم الشفيع بأن هذا الذى أعلن بعد الميعاد كان من ضمن البائعين ، محصلاً قيام هذا العلم من كون الشركة التى يمثلها الشفيع كانت قد اشترت الأرض التى تشفع بها من هؤلاء البائعين أنفسهم ومنهم ذلك البائع ، ومن أن الشفيع عندما أعلن البائعين عدا البائع المذكور ذكر أنهم ورثة فلان وهذا البائع من هؤلاء الورثة ، وقائلاً إن تغيير شخص مدير الشركة طالبة الشفعة فيما بين البيع لها والبيع للمشروع منه لا ينفى سابق علمها لأن الشركة لها شخصية واحدة مستمرة ، وأن خطأها أو تقصيرها في الالتجاء إلى السجل لتعرف منه على وجه الدقة أسماء جميع البائعين يحملها تبعاً السهو الذى ادعت حصوله في مسودة عقدها ونتج عنه سقوط اسم ذلك البائع الأخير ، فهذا الحكم يكون قد خالف القانون لانحرافه عن تحرى العلم الواقعى الذى يحتمه القانون إلى العلم الافتراضى الذى لا يكتفى في هذا المقام (نقض ملف ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١) . وانظر أيضاً أحكاماً أخرى لمحكمة النقض في مسألة العلم في مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول : نقض ملف ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ ص ٧٢٢ رقم ٩٦ (لا يكتفى إثبات علم الشفيع إذا كان تاريخ العلم غير معين بالضبط) - ٩ مارس سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩٢ (علم الشفيع بأسماء بعض المشترين دون بعض يجعل الميعاد يسرى فيما يتعلق بالمشتريين الذين علم بهم الشفيع - وفي هذا المعنى أيضاً ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٢ رقم ٩٣) - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩١ (استخلصت المحكمة استخلاصاً سائفاً عدم علم الشفيع بالبيع من أن الإنذار الموجه إليه بوقوع البيع خال من إسناد تاريخ علمه إلى تاريخ سابق على تاريخ الإنذار) - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٣ رقم ٩٩ (علم زوج الشفيع وأولادها وهم يباشرون أعمالها قرينة على علم الشفيع نفسها) - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٢ رقم ٩٥ (تحصيل العلم من كتاب موصى عليه مرسل للشفيع متضمناً لأركان البيع وشروطه الأساسية) - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٣ رقم ٩٨ (إثبات اطلاع الشفيع على عقد البيع يكتفى لإثبات العلم) - أما إذا كانت واقعة العلم بالبيع قد حصلت وقت سريان التقنين الملقى الجديد ، فأحكام هذا التقنين هى التى تسرى . ولا يعتد بالعلم وإنما يعتد بالإنذار الرسمى بوقوع البيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كانت واقعة العلم بالبيع مدعى بحصولها في يوم ٥ من سبتمبر سنة ١٩٥١ ، فلازم ذلك معاملتها بحكم التقنين الملقى الجديد النافذ اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وإذا كان حق الشفيع و إعلان الرغبة في ظل هذا التقنين وطبقاً للمفهوم من نص المادة ٤٩٠ ملقى منه لا يسقط إلا بمضى خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجه إليه البائع =

يصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، ويبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة المدة التي تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار الرسمي مهما طال . فاذا ما وصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فعند ذلك فقط يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً ، ويتعين عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في ذلك في خلال هذه المدة إلى كل من البائع والمشتري . وبحسب ميعاد الخمسة عشر يوماً وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات . فلا يحسب اليوم الذي يسلم فيه الشفع الإنذار

— أو المشتري ، وكان المشتري لم يدع أنه قد وجه هو أو البائع هذا الإنذار إلى الشفعة ، فإن حقها في إعلان رغبته في الشفعة لا يسقط بالإقرار المنسوب إليها في إنذار الشفعة المقدم للشهر في ٦ من سبتمبر سنة ١٩٥١ بأنها علمت في اليوم السابق على ذلك بالبيع ، ويبدأ سريان ميعاد الرغبة في الأخذ بالشفعة من وقت الإنذار لا من وقت العلم (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١١٧) .

ويقع عبء إثبات العلم بالبيع على المدعى عليه في دعوى الشفعة ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات لأنه واقعة مادية ، ولكن لا يكفي مجرد جوار الشفع لاقتراض العلم (استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٢١٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٧ الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٢٤ - ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٤٤) . وواقعة العلم مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الدعوى من أدلة وقرائن يصح أن تؤدي إليها عقلاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع في دعوى الشفعة بسقوط الحق في رفضها لعدم توجيهها إلى جميع البائعين ، فطلب المدعى التأجيل لإدخال من لم توجه إليه منهم ، فأجابته المحكمة إلى طلبه ، فطلب صورة عقد البيع لمعرفة أسماء جميع البائعين ودفع رسم الصورة وسلمت الصورة في التاريخ الذي ذكرته المحكمة في حكمها إلى وكيله في دعوى الشفعة بالذات ، ولكنه تأخر في إعلان باقي البائعين أكثر من شهرين من تاريخ تسليم وكيله الصورة ، فاستخلصت المحكمة من ذلك وغيره بما ذكرته في حكمها أنه كان يعلم بأسماء البائعين الباقين من تاريخ تسليم وكيله أوبعد ذلك بزمان وجيز ، فإن استخلصها ذلك سائق وفي حدود سلطتها (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) . وإذا كان لا يكفي علم وكيل الشفع بالبيع إذا كان الشفع شخصياً يجهله (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢١ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٣) ، فإنه إذا رفضت المحكمة طلب الشفعة اعتماداً على أن الشفع نفسه ، لا وكيله فقط ، قد علم بحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية ، وذكرت في حكمها القرائن والدلائل التي اطمأنت إليها في تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصي ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٨ ص ١١٢٧) .

الرسمى ، وإلا كان الميعاد ناقصا . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين ، فلا يحسب منه يوم التكليف أو التنبيه أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجربا للميعاد . . . » (١) ويحسب اليوم الأخير ، فيجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة بحيث يصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد نهايته اليوم الخامس عشر من اليوم التالى لليوم الذى تسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمى . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا المعنى على أن « . . . يتقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه ، إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء . . . » (٢) . ونصت المادة ٦ مرافعات ، في خصوص أن تكون العبرة بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري لا بتقديمه إلى قلم المحضرين ، على أنه « إذا نص القانون على ميعاد حتمى لرفع دعوى أو طعن أو أى إجراء آخر يحصل بالإعلان ، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله » (٣) . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٠ مدنى ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد قانون الشفعة السابق وبالنسبة إلى سريان الميعاد من وقت العلم بالبيع ، بأن المادة ١٩ من قانون الشفعة ، إذ نصت على أن إظهار الشفيع رغبته يكون في خلال خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوماً تبتدىء من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبتدىء من اليوم التالى لتاريخ العلم به (نقض مدنى ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ - وكانت محكمة استئناف مصر قد قضت على العكس من ذلك بأنه يجب حساب اليوم الذى حصل فيه العلم بالبيع داخلا في مدة الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها ، بغير التفات إلى ساعة العلم (استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٨٩) .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ - وإذا أعلن واحد منهما في الميعاد وأعلن الآخر بعد قوات الميعاد ، سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٢٤٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في انتهاء الميعاد هي بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري ، لا بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٤ (من قانون الشفعة السابق) صريح في وجوب الإعلان ، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بالطرق

كما رأينا ، على أن « يزداد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » .
 والمفروض هنا أن يكون بين موطن الشفيع وموطن البائع أو موطن المشتري مسافة يحسب لها ميعاد ، إذ المطلوب أن يعلن الشفيع كلا من البائع والمشتري في موطنه ، فإذا بعد هذا الموطن عن موطن الشفيع يحسب لهذا البعد ميعاد المسافة الذي يقرره القانون (١) . وقد نصت المادة ٢١ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه ، زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذي يجب الانتقال منه وبين المكان الذي يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على ثلاثين كيلو متراً يزداد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز بأية حال أن يتجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام . ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود (٢) » .
 فإذا بعد موطن المشتري عن موطن الشفيع بمقدار خمسين كيلو متراً أو ستين كيلو متراً أو سبعين كيلو متراً ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، يوماً واحداً فيصبح الميعاد ستة عشر يوماً . وإذا بعد موطن البائع عن موطن الشفيع بمقدار تسعين كيلو متراً أو مائة كيلو متر إلى مائة وثلاثين ، زيد الميعاد ، بالنسبة إليه ، يومين فيصبح سبعة عشر يوماً . وإذا بعد موطن أي من البائع أو المشتري عن موطن الشفيع بمقدار مائتي كيلو متر أو أكثر ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، أربعة أيام فيصبح الميعاد تسعة عشر يوماً . وإذا وقع اليوم الأخير

= المقررة في قانون المرافعات . يؤكد هذا النظر ما جاء في آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ (من قانون الشفعة السابق) من أنه « يزداد على هذه المدة (أي مدة الخمسة عشر يوماً) عند الاقتضاء ميعاد المسافة » ، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو بالإعلان أي بتسليم الورقة قلملمن إليه أو في محله على حسب الأصول المرسومة في القانون . فإنه لو كان يكفي مجرد التسليم لقلم المحضرين ، لما كان هناك محل للنس على ميعاد المسافة ، ولكان الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أي إعلان للخصم . وإذن فالحكم الذي يبنى قضاءه على أن العبارة في احتساب مدة إظهار الرغبة في الشفعة هي بحصول الإعلان إلى البائع والمشتري ، لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين ، يكون قد أصاب في تطبيق القانون (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٤ ص ٦١٦) . وانظر أيضاً نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤ .

(١) نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ .

(٢) وانظر المادة ٢٢ مرافعات في تحديد مواعيد المسافة لمن يكون موطنهم في الخارج .

من ميعاد الخمسة العشر يوماً فيما إذا لم تكن هناك مواعيد مسافة ، أو وقع اليوم الأخير من الميعاد مضموماً إليه مواعيد المسافة متصلة به اتصالاً مباشراً بحيث يكون هو وإياها ميعاداً واحداً متواصل الأيام ، في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها (١) . وقد نصت المادة ٢٣ مرافعات في هذا الصدد على أنه : إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية ، امتد إلى أول يوم عمل بعدها . فإذا ما انتهى ميعاد الخمسة العشر يوماً ، وكانت الأيام الأربعة التالية لانتهائه أيام عطلة ، وكان الواجب ضم يومين إلى الميعاد للمسافة ، فإن هذين اليومين يتصلان بالميعاد الأصلي اتصالاً مباشراً ، وينتهيان في نهاية اليومين الأولين من أيام العطلة . ولما كان اليوم التالي لانتهائهما هو يوم عطلة أيضاً وكذلك اليوم الذي يليه ، فإنه يجب إتمام إعلان طلب الشفعة في اليوم التالي مباشرة لانتهاء أيام العطلة الأربعة (٢) .

والميعاد ، ضمت إليه مواعيد مسافة أو لم تضم ، ليس مدة تقادم prescription بل مدة سقوط déchéance ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير أهل

-
- (١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن محكمة الموضوع أخطأت في احتساب الميعاد ، إذ لم تمتد ليوم الثاني للعطلة ولم تضاف إليه ميعاد المسافة ، تعين قبول هذا الدفع (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٢١٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٢٧٢ .
- (٢) ولا يقال إن ميعاد الخمسة العشر يوماً قد انتهى ، وتل انتباه أيام عطلة فيتوقف سريان الميعاد ، ثم يستأنف السريان عقب انتهاء أيام العطلة لمدة يومين آخرين هما ميعاد المسافة ، فيكون الشفع عقب انتهاء أيام العطلة يومان لا يوم واحد . لا يقال ذلك ، فإن سريان الميعاد لا يتوقف في أيام العطلة بل يستمر ، فينقضي في أثنائها اليومان المطيان للمسافة ، ويصادف انقضاؤهما يوم عطلة ، فيمتد الميعاد إلى اليوم التالي لانتهاء أيام العطلة ، ولا يمتد إلى أكثر من ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات (قديم) إنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام . فإذا كان الميعاد ينتهي آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقاً متصلاً مباشرة بأيام أصل الميعاد . وإن مبدأ القانون في شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها ، بل إنها تسرى في أثنائها . وكل ما أجازته بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات (قديم) أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة ، فإنه يمتد لليوم التالي . فإن كانت الأيام التالية هي أيضاً أيام عطلة ، امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) .

للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع (interruption) ولا الوقف (suspension) (١)
 ثانياً - إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلاً ، ولكن
 المشتري سجل عقد البيع : تنص المادة ٩٤٨ (ب) مدني على ما يأتي : « يسقط
 الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : . . . (ب) إذا انقضت أربعة أشهر
 من يوم تسجيل عقد البيع . . . » (٢) . ويخلص من هذا النص أن الشفيع ، إذا

(١) استئناف مختلف ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة
 ٤١١ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (ب) من المشروع اتمهيدى على الوجه
 الآتي : « . . . لا يجوز الأخذ بالشفعة في الحالتين الآتيتين : . . . (ب) إذا انقضت ثلاثة
 أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى في حق ناقصي الأهلية والغائبين . .
 وفي لجنة المراجعة حذف سريان مدة ثلاثة الأشهر في حق ناقصي الأهلية والغائبين اكتفاء
 بالقواعد العامة ، وأضيفت حالة جديدة تتضمن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت
 سنة كاملة عن وقت وضع يد المشتري على العقار المبيع ، وأصبح النص رقمه ١٠٢٢ (ب)
 و (ح) في المشروع اتمهيدى . « ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠١٩ (ب) و (ح)
 وفي لجنة الشيوخ استبدلت بعبارة « ثلاثة أشهر » في البند (ب) عبارة « أربعة أشهر » توخياً
 لتيسير ، وحذف البند (ح) اتمهيدى بسقوط حق الشفعة بانقضاء سنة من وقت وضع يد المشتري
 على العقار ، خشية أن يكون الحكم الوارد فيه محل إشكالات في المستقبل ، ولأن فائدة العملية
 تتضاءل كل تفاؤل إزاء نص البند (ب) . ولأن هذا الحكم قد يؤدي إلى اتلاعب بقصد إضاعة
 حق الشفيع . وأصبح رقم النص ٩٤٨ (ب) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنة
 (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٦) .

ويقابل النص المادة ٢٢ من قانون الشفعة السابق : يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال
 بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع
 غير أهل لتصرف أو غائباً . (والمدة في قانون الشفعة السابق ستة أشهر ، وقد انقضت في التقنين
 المدني الجديد إلى أربعة أشهر) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٢ (ب) : يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :
 . . . (ب) إذا انقضت سنة من يوم قيد عقد البيع ، سواء كان الشفيع حاضراً أو غائباً .
 (والمدة في التقنين الليبي سنة بدلا من أربعة أشهر في التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ (و) : لا تسمع دعوى الشفعة . . . (و) إذا انقضت
 ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين . (والمدة
 في التقنين العراقي ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ولكن البيع في التقنين العراقي يتم في
 دائرة الطابو ، في حين أن المدة في التقنين المصري هي أربعة أشهر) .

لم يحصل علمه بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمي السابق ذكره ، فالقانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أنه علم بالبيع إذا سجله المشتري ، إذ أن مهمة التسجيل هي شهر البيع . ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع ليس إلا علماً افتراضياً ، فقد أطال القانون المدة التي يتعين في خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة ، فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل^(١) ، وقد كانت ستة أشهر في قانون الشفعة السابق ، وأنقصت في المشروع التهديد لنص المادة ٩٤٨ (ب) إلى ثلاثة أشهر^(٢) ، ثم رقت إلى أربعة أشهر في لجنة مجلس الشيوخ ، واستقرت على ذلك في التقنين المدني الجديد^(٣) . وقد يقال إن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق يجعل من اليسير على المشتري إضاعة حق الشفيع ، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع ، وينتظر أربعة أشهر يحتمل كثيراً في أثناءها أن يبقى الشفيع جاهلاً بوقوع البيع ، فينقضي الميعاد دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، فيسقط حقه فيها . ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن المشتري قد لا يعلم على وجه محقق من هم الشفعاء حتى ينذرهم بوقوع البيع ، ولا يدرى كذلك ما إذا كان حقهم في الأخذ بالشفعة حقاً ثابتاً لا يتطرق إليه الشك . وبقاؤه كذلك في حال من القلق وعدم الاطمئنان لا يجوز أن يدوم وقتاً طويلاً . فتوخياً لاستقرار التعامل ، ولأن الشفعة حق استثنائي من شأنه أن يحل بحق

= قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٨ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا لم يحصل إنبليغ المبني في المادة السابقة (تبليغ الشفيع بوقوع البيع) ، يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري ، وتسري هذه المدة بحق فاقدي الأهلية والغائبين . وإن المدة المذكورة في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور في العقد . (والقانون اللبناني يجعل المدة سنة بدلاً من أربعة أشهر في التقنين المصري) .

(١) بدلاً من خمسة عشر يوماً من وقت الإنذار الرسمي حيث يكون علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لا علماً افتراضياً .

(٢) وكانت لجنة الأستاذ كامل صدق هي التي أنقصت المدة إلى ثلاثة أشهر ، إذ استطلع رئيس اللجنة رأي الأعضاء فيما إذا كانوا يقرون اقتراحه بتخفيض مدة ستة الأشهر إلى ثلاثة فقط ، وذلك لكي لا يظل مركز المشتري قلقاً أمداً طويلاً . فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٣ في الهامش) .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

المالك في التصرف في ملكه لمن يريد ، جعل المشرع سبيلا ميسرا للمشتري يطمئن معه إلى سقوط حق الشفعة وإلى أن الصفقة التي عقدها قد خلصت له على وجه حاسم . وسيله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع ، فاذا انقضت أربعة أشهر من يوم التسجيل دون أن يطلب أحد الشفعة ، اطمأن المشتري إلى صفقته ، وأيقن أن العقار الذي اشتراه أصبح بمنجاة من أن يأخذه أى شافع بالشفعة . هذا إلى أن الشافع يكون عادة جاراً للبائع أو شريكاً له ، فاذا باع هذا عقاره فالغالب أن يشعر الشافع بذلك ، فاذا أراد التثبت من وقوع البيع فما عليه إلا أن يكشف عن العقار في سجلات الشهر العقاري فيجد البيع مسجلاً فيها ، وله أربعة أشهر من يوم التسجيل يستطيع في خلالها أن يطلب الشفعة .

وميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم ، فلا ينقطع ولا يقف ويسرى في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية (١) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٨ (ب) مدني يشتمل على نص صريح في هذا المعنى ، فحذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٢) . ويسرى الميعاد من اليوم التالى مباشرة لليوم الذى حصل فيه التسجيل (٣) حتى لا يكون ناقصاً ، وتحسب الشهور

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ - وإذا طالب الشافع المشتري باستحقاقه للأرض المبيعة لسبب آخر غير الشفعة ورفع عليه دعوى الاستحقاق ، فإن مواعيد انشفة تبقى معنقة في أثناء دعوى الاستحقاق ، حتى إذا بت في هذه الدعوى لصالح المشتري ، عادت مواعيد انشفة إلى السريان (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٨ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١١) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٤٦ ص ٥٢٥ هامش ٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٣) ولايسرى الميعاد من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري على البائع في شأن البيع المشفوع فيه . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد سقوط حق الشافع في الأخذ بالشفعة المنوّه عنه في المادة ٢٢ من قانون الشفعة (القديم) يبدأ من يوم الحكم بصحة عقد البيع ، لا من يوم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض إلى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٤) . ونقضت بأنه إذ كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة صريحة في النص على سقوط الحق في الشفعة بعد نفي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل في مدة معينة يجب التزام حدوده ، فإن الحق في الشفعة لا يسقط بمضى ستة أشهر على تاريخ صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأطنان المشفوع فيها ، سواء أكانت هذه الدعوى دعوى صحة تعاقد أم صحة توقيع (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٢ .

الأربعة بالتقويم الميلادى إذ لا يوجد نص على خلاف ذلك (م ٣ مدنى وم ٣/٢٠ مرافعات) (١). فإذا تم التسجيل مثلاً فى اليوم الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٦٧ (٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٧) ، وجب على الشفيع أن يطالب الشفعة فى ميعاد غايته اليوم الأخير من شهر فبراير سنة ١٩٦٨ (٢٩ فبراير سنة ١٩٦٨) ، أى أن طالب الشفعة يتم إعلانه لكل من البائع والمشتري فى هذا الميعاد. وإذا كان اليوم الأخير لطلب الشفعة يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل إلى انتهاء العطلة ، وكل ذلك على التفصيل الذى قدمناه فى ميعاد الخمسة عشر يوماً من يوم إنذار الشفيع بوقوع البيع . فإذا لم يطالب الشفيع الشفعة فى الميعاد على الوجه المتقدم الذكر . كان للمشتري أن يتمسك بسقوط الحق فى الشفعة (٢) وليس عليه إلا أن يثبت أن البيع قد سجل وأنه قد مضى على تسجيله أربعة أشهر من غير أن يستعمل الشفيع حقه (٣) . فليس عليه أن يثبت أن الشفيع

(١) وقد جرت الأحكام ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، على حساب ميعاد الستة أشهر بحسب التقويم الهجرى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا سجل عقد البيع فى ٢ من ربيع الأول ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة فى ٣ من رمضان تكون جائزة (استئناف مصر ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠) . وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٢٢٣ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ١٦ - محمد كامل مرسى ٢٢٣٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨٢ .

(٢) وللمحكمة أيضاً أن تقضى بسقوط الحق فى الشفعة من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشرط المترتب على انقضاء ستة أشهر (الآن أربعة أشهر) من تاريخ التسجيل مبنى على علم افتراضى اشتقه الشارع من التسجيل وفرضه على كافة الشفعاء ، فلمحكمة أن تفيد هذا السبب الافتراضى حتى لو سكت صاحب الشأن عن إبدائه إذا كانت الأوراق نامقة بوجوده . وليس على المحكمة فى هذه الحالة إلا أن تنبه الخصوم إلى ما استظهرته من الأوراق ليستبينوا موقفهم ويستوفوا دفاعهم (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٧ ص ٢٨١) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

ويمكن انقول بوجه عام إن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها (١٥ يوماً من يوم الإنذار الرسمى و ٤ شهور من وقت تسجيل البيع و ٣٠ يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة) هو من النظام العام ، فلمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط . انظر فى هذا المعنى أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٥٨٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٢ .

(٣) والشفيع هو الذى يثبت أنه استعمل حقه فى طلب الشفعة . فإذا استعمل حقه فى خلال أربعة أشهر ، ولكنه أخطأ فى بعض البيانات خطأ لم يكن من شأنه أن يوقع المشتري فى أى-

هذا وقد كان المشروع النهائي للمادة ٩٤٨ (ب) مدني يشتمل على حالة أخرى لسقوط حق الشفعة أضافتها لجنة المراجعة ، وهي انقضاء سنة كاملة من وقت وضع يد المشتري على العقار دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، علم بوقوع البيع أو لم يعلم . ولكن هذه الحالة قد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأنها قد تؤدي إلى إشكالات في العمل في إثبات وضع اليد مماثلة للإشكالات التي كان إثبات العلم بالبيع يثيرها في عهد قانون الشفعة السابق ، ولأن سقوط حق الشفعة

لبس ، فإن تصحيح هذا خطأ فيما بعد لا يعد طلباً جديداً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا رفع الشفع دعواه بطلب انشفة في الأطنان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ في البيانات التي أوردها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطنان ورقم القطعة من الخوض الواقعة فيه ، فعُدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب انشفة في هذه الأطنان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لايس البيانات التي أوردها الشفع في صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفع من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون معيباً إذا قضى بسقوط حق الشفع في انشفة تأسيساً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ عقد تسجيل البيع (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٧٩) .

(١) نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - وإذا اتفق البائع والمشتري على تجزئة الصفقة ، فيشتري هو جزءاً من الأرض ويشتري صهره الجزء الآخر بحيث تتوافر في أي من الجزأين مسوغات الأخذ بالشفعة ، فإن الصفقة تعتبر صفقة واحدة ، ولا محل للتمسك بانقضاء ستة أشهر (الآن أربعة) على تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة ، إذ لا يجوز هذا التمسك مع ثبوت التحايل عن طريق تجزئة الصفقة (استئناف مصر ٧ يونيو سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٥ ص ١٥٢) . وقد أقرت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة « في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . . . » ، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون وبأن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون معقب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٤٤ ص ٥٢٤ هامش ٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٥٥ .

بانقضاء أربعة أشهر على تسجيل البيع يغنى عن هذه الحالة الجديدة ، ولأن هذا الحكم قد يؤدى إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع (١) .

ثالثا - سقوط دعوى الشفعة بالتقادم المسقط بانقضاء خمس عشرة سنة : ونفرض الآن فرضا ينذر وقوعه ، هو أن المشتري لم ينذر الشفيع بوقوع البيع ، ولم يسجل فى الوقت ذاته عقد البيع ، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بانقضاء خمسة عشر يوما من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر ، ولا بانقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل . وقد قدمنا أن التقنين المدنى الجديد لا يسقط الشفعة بانقضاء مدة معينة من وقت علم الشفيع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق ، فاذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمى فانه يبقى محتفظا بحقه فى طلب الشفعة . ويبقى محتفظا بهذا الحق ، ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمنا ، وقد يؤول طول سكوته عن استعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترنا بظروف أخرى بأنه نزول ضمن عن الحق . فاذا لم يستخلص هذا النزول الضمنى من الظروف والوقائع ، فلا مناص من القول بأن الشفيع يبقى محتفظا بالحق فى طلب الشفعة ، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشتري ، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة . ويبقى هذا الوضع قائما إلى أن تنقضى خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه ، وعندئذ يسقط حق الشفيع فى رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط ، شأن دعوى الشفعة فى ذلك شأن سائر الدعاوى التى تسقط بخمس عشرة سنة . وليس فى هذا إلتطيق للقواعد العامة فى شأن التقادم المسقط (٢) .

٢٠٧ - تسجيل إعلانه الرغبة فى الإقتراب بالشفعة : رأينا (٣) أن الفقرة

الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى تنص على أن « إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا ، وإلا كان باطلا . ولا يكون هذا إلا إعلان حجة على الغير

(١) أنظر أنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٠ - إسماعيل غانم ص ٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٤ - حسن كيرة ص ١٦ .

(٣) أنظر أنفاً فقرة ٢٠٥ .

إلا إذا سجل « . ويخلص من هذا النص أن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير . فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان ، ويمضى في إجراءات الشفعة التالية فيودع الثمن خزانة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكما بثبوت حقه في الشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل . ولكنه في هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع ما دام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع . فيجدر إذن بالشفيع ، إذا أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري ، أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه ، وبذلك يأمن من تصرفات المشتري التي تصدر بعد هذا التسجيل ، إذ تصبح غير نافذة في حقه . وقد نصت المادة ٩٤٧ مدني في هذا المعنى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدون ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آت للمشتري من ثمن العقار » . وسيجيء تفصيل ذلك عند الكلام في آثار الأخذ بالشفعة .

وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة ، فيصح أن يتم التسجيل في أي وقت ، حتى بعد رفع دعوى الشفعة . ولكن إذا تأخر الشفيع في تسجيل الإعلان ، فانه يعرض نفسه كما قدمنا لخطر أن يصدر من المشتري تصرف في العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهميته . فقد قدمنا (١) أن المشتري إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، فان هذا البيع الثاني يكون نافذا في حق الشفيع ، وينسخ البيع

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

الأول من ناحية الأخذ بالشفعة . ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة في البيع الثاني في مواعيده وبشروطه (م ٩٣٨ مدني) ، وتبطل الإجراءات التي يكون الشفيع قد باشرها للأخذ بالشفعة في البيع الأول . ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه ، فيمضي في الإجراءات بالنسبة إلى هذا البيع وهو آمن من تعاقب البيوع وما يستتبع هذا التعاقب من نسخ البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة وما يترتب على ذلك من بطلان الإجراءات التي يكون قد اتخذها في شأن هذا البيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشترىها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله ، فإن دعوى الشفعة تقام على المشتري الأول بالشروط التي اشترى بها (١) .

المطلب الثاني

إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢٠٨ - المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة تشمل على خطوتين :

بعد أن فرغنا من المرحلة الأولى من إجراءات الشفعة وهي مرحلة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، تنتقل إلى المرحلة الثانية من هذه الإجراءات . وهذه المرحلة الثانية تشمل على خطوتين : (١) إيداع الثمن خزانة المحكمة . (٢) رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها .

§ ١ - إيداع الثمن خزانة المحكمة

٢٠٩ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدني على

ما يأتي :

« وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان طلب الشفعة) ، يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى

(١) نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩ - محمد علي عرفه ، فقرة ٢٩١ .

بالشفعة . فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة « (١) .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « وفى ظرف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ ذلك الإعلان ، وفى أى حال قبل رفع الدعوى بالشفعة ، يجب أن يودع بخزينة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار مبلغ يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بجعل المبلغ الواجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى لا ثلثه فقط ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن ميعاد الإيداع بقى خمسة عشر يوماً ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ٢/١٠١٥ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤن التشريعية لمجلس النواب ، صرف النظر عن إيداع الثمن « اكتفاء بمرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل فى الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . وعلى ذلك حذف هذا النص واستبدل به نص أضيف إلى المادة التالية يجرى على الوجه الآتى : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مخصوصاً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . « وقد رأت اللجنة إدخال هذا التعديل لتوجب عرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى ، ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال - فالمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفع بعد هذا العرض الحقيقى . وقد رأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفيع فى تدبير الثمن وفى الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذى يدفعه الشفع » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وعرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، وقد ورد فى محضرها ما يأتى : « ولما كان مجلس النواب قد حذف من هذه المادة فقرة كان رقمها ٢ وكانت تتضمن حكماً خاصاً بإيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ووقت الإيداع والجزاء على مخالفته ، ولما كان المجلس أيضاً قد ضمن الفقرة الأولى من المادة ١٠١٣ ذلك الحكم وعدله من إيداع إلى عرض حقيقى لثمن الذى بيع به العقار المشفوع فيه ، فإن اللجنة ، أثناء المناقشة فى المادة ١٠١٣ وفى العرض الحقيقى للثمن ومداه وهل العرض يكون للثمن المذكور فى العقد أو الثمن الذى يعتد الشفع أنه الحقيقى وما يترتب على عرض الشفع للثمن الحقيقى وإيداع الفرق بينه وبين الثمن المذكور فى العقد ، رأت بعد أن عرضت عليها جملة اقتراحات ظهر بعد تحليلها أنه يرد عليها اعتراضات أن أسلم وسيلة هو إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع فى باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له . وقد ترتب على ذلك إعادة الفقرة ٢ التى حذفها مجلس النواب إلى المادة ١٠١٢ » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض يرى إلى الاكتفاء بعرض الثمن دون الإيداع ، وإلى أنه إذا روى ضرورة إيداع الثمن فيكون الحكم بسقوط الشفعة فى حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضى . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة لتوفيق بين رأى القائلين بإلغاء هذا النظام ورأى القائلين بإبقائه ، واشترط إيداع الثمن مظهر من »

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١/١٤ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٠ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب على الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك في

= مظاهر التقييد . ثم إن جمل الحكم بسقوط الحق في الشفعة جوازيًا للقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٢/٩٤٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥ و ص ٤٢٨) .

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لما كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً . (وقانون الشفعة السابق كان يكتفى بعرض الثمن وملحقاته ، دون إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا مقابل .

التقنين المدني الليبي : م ٢/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١١٤٠ : على الشفيع عند رفضه الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التي يوجد لعقار المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . فإن لم يتم الإيداع ، سقطت شفيعته . (والتقنين العراقي يوجب إيداع نصف الثمن ، لا كل الثمن كما يوجب ذلك التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا يمكن استعمال حق الشفعة إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضاً تاماً . وهذا التعويض يشمل : ١ - ثمن المبيع الذي يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر ، إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع . ٢ - نفقات العقد ، التي تشمل رسوم التسجيل الرسمية وبدل السيرة على ألا يزيد هذا البدل على البدل المعلن بالتريفة القانونية . ٣ - بدل التحسين الطارئ على العقار بفعل المشتري ، دون الالتفات إلى التحسين الاقتصادي الناتج عن تقلب الأسعار . (والتقنين اللبناني يوجب إيداع الثمن يوم تقديم طلب الشفعة ، مالم يكن الثمن مؤجلاً فلا يجب الإيداع . ولكن الشفيع لا يستفيد من الأجل فيما بعد إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة : أنظر م ٢/٢٥٣ من نفس القانون) .

خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة .
وهذا الإيداع على الوجه المتقدم الذكر ضرورى ، فإن لم يتم به الشفع سقط
حقه فى الأخذ بالشفعة .

ومسألة إيداع الثمن مرت بتطورات تشريعية متعاقبة ، حتى استقرت فى
التقنين المدنى الجديد على الوجه السابق بيانه . وكذلك الأمر فيما يتعلق بوقت
الإيداع . ثم إن الذى يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع
كما تقدم القول ، حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري أو كان
المشتري لم يدفع للبائع إلا جزءا منه فقط . أما ملحقات الثمن ، وأما المصروفات
الضرورية والنافعة التى انفقها المشتري ، فلا يجب على الشفع إيداعها . وجزاء
مخالفة الشفع لالتزامه بإيداع الثمن على هذا الوجه هو ، كما قدمنا ، سقوط
شفعته .

فعلينا إذن أن نبحث ، فى صدد إيداع الثمن ، المسائل الآتية : (١) تطور
التشريع فى شأن إيداع الثمن . (٢) وقت الإيداع ومكانه . (٣) ما الذى يجب
إيداعه : كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . (٤) إيداع كل الثمن ولو كان
مؤجلا أو لم يدفع المشتري إلا جزءا منه فقط . (٥) ملحقات الثمن . (٦) المصروفات
الضرورية والنافعة . (٧) جزاء مخالفة المشتري لالتزامه بإيداع الثمن .

٢١٠- تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن : لم يكن قانون الشفعة السابق

واضحا وضوحا كافيا فى هذه المسألة ، فقد كانت المادة ١/١٤ منه تنص على
أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه
لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن
وملحقاته الواجب دفعها قانونا » . فعرض الثمن وملحقاته كان واجبا ،
فى قانون الشفعة السابق ، وقت إعلان طلب الشفعة . واختلف الفقه والقضاء ،
فى عهد هذا القانون ، فيما هو المقصود بالعرض . فذهب رأى إلى وجوب
العرض الحقيقى المقترن بالإيداع والمبرىء للذمة^(١) ، ولكن رأى الذى

(١) استئناف وطنى ٢٨ مايو سنة ١٩١١ : المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ -

٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ : المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢

المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢٢١ - ٢١ أبريل سنة ١٩١٣ : الشرائع ١ رقم ٤٢ ص ٢٨ -

تغلب (١) ، وأخذت به محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة (٢) ، ومن بعدها محكمة النقض (٣) ، هو أن العرض الواجب هو العرض البسيط أى مجرد إظهار الشفع استعداده لدفع الثمن والملحقات في إعلان طلب الشفعة .

٨ - مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ - ١٨ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - طنطا الكلية ٧ مايو سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ٩٨ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الاسكندرية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٧ ص ٤٠٥ - عل زكى المرابي فقرة ٩٥ ص ٥٦ - عبد السلام ذفى في الأموال فقرة ٥٤٤ ص ٧٥٩ - ص ٧٦٤ .

(١) استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ - استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٠٩ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ - أحمد فتحي زغلول ص ٩٣ - دى هلتن لفظ *preemption* فقرة ١٢٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢١ ص ٤١٦ هامش ١ .

(٢) استئناف وطنى دوائر مجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ . وانظر بعد ذلك استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٠ ص ١٤٥ .

(٣) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٣٣ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٣ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٨٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ .

وكان يجوز للمحكمة أن تقضى للشفيع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن المشتري في خلال مدة معينة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم الصادر في دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن المشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق به ، فإنه يكون قد دل بذلك على أنه جبل من هذا الدفع في الميعاد المقرر فيه شرطاً لاستحقاق الدين المشفوع فيها ، بحيث إذا فوت الشفع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفעתه ، وذلك دون حاجة إلى حصول تبيه عليه من المشتري بالدفع ، وسواء أكان الحكم القاضى بتجديد الأجل -

وفي أثناء إعداد مشروع التقنين المدني الجديد ، ذهبت لجنة الأستاذ كامل صدقي ، وهي اللجنة التي قامت بإعداد مشروع نصوص الشفعة ، بعد مناقشات طويلة (١) ، إلى وجوب أن يودع الشفيع خزانة المحكمة مبلغا يساوي على الأقل

ابتدائياً لم يتألف في المبدأ أم صادراً من محكمة استئنافية . ولا يشترط النص صراحة في منطوق الحكم على سقوط الحق في الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن في المبدأ ، ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٥٨ ص ٥٥٠) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥ .

(١) جاء في محضر جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٣٨ لهذه اللجنة أن أحد الأعضاء قال «إنه يرى عدم ضرورة عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً ، موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقي من خطر في الفروض التي يكون فيها العقار باهظ الثمن أو التي لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشتري أو التي يكون العقار فيها مثقلاً بحقوق عينية ، إذ يحسن عدم إغفال الحالات التي يحتمل فيها إفسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإفسار . وبسط أحد الأعضاء خلاصة ما انتهى إليه بحثه في موضوع العرض الحقيقي والإيداع متسانلاً عما إذا كان هناك موجب لإلزام الشفيع بأن يقرن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة بعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً يتبعه بالإيداع إذا ما أبى المشتري الإذعان لطلب الشفعة ، إذ الواقع أن الشفيع إنما يستعمل حقه بنية سلب المشتري ثمرة عقده والحلول محله عن طريق الشفعة التي يرى أنه يحقق استمالها . فإذا اتخذ في سبيل تحقيق بنيته خطة الهجوم ، كانت عليه تبعه موقفه ، ولزمه تحمل نتائجه بالقيام مباشرة بعرض ثمن الشيء الذي يرى إلى تملكه عرضاً تستخلص منه دلالة الصدق والجدية وينتج مظنة المضاربة ونية الاتجار بحقه في الشفعة . فإذا اعتبرنا الشفيع مشترياً يفرض نفسه على البائع والمشتري الأصليين ويبني من وراء تدخله إتمام الصفقة لصالحه ، فن المتعين أن يكون قادراً على الوفاء بالتزامه كشر فوراً . وإثبات هذه القدرة على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشتري الذي سيحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً ، وهو أقطع دليل على حسن نيته ورغبته الجدية في الشراء . بيد أنه كثيراً ما يرفض المشتري المهدد باستعمال الشفعة العرض الذي يتقدم به الشفيع ، فهل يلزم الشفيع في هذه الحالة بإيداع المبلغ المعروض ؟ لقد فرق تقنين المرافعات الفرنسي في المواد ٨١٢ - ٨١٤ بين العرض الحقيقي وبين الإيداع ، فجعل كلاهما إجراء يختلف عن الآخر . أما تقنين المرافعات المصري فقد جاء على عكس ذلك ، إذ خلط بينهما في نص واحد ، وجعل منهما إجراء موحداً مؤدياً لبراءة الذمة . . . والواقع أن الشفيع لم يصبح بعد مدينًا ملزماً بالوفاء لإبراء ذمته بالقيام بعرض حقيقى لمدين قائم بالفعل ، فطالما أنه لم يصبح مالكاً نهائياً للعقار المشفوع فيه فلا مبرر لإلزامه بدفع ثمن العقار وملحقاته فوراً . فليس الأمر فيما يتعلق به موضوع عرض مبريء للذمة حتى يمكن إلزامه بها بإيداع الثمن ، بل إنه إعراب حاسم عن نية الأخذ بالشفعة . وما عرض الثمن وملحقاته إلا تأكيد للرغبة الجدية في ذلك ، ومن ثم فليس هناك التزام يتطلب =

ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقدم المشروع التمهيدى على هذا الأساس إلى لجنة المراجعة ، ولكن هذه اللجنة عدلت النص ، إذ أوجبت أن يكون المبلغ الواجب إيداعه في خلال خمسة عشر يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة هو كل الثمن الحقيقي لا ثلثه فقط . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدل عن فكرة إيداع الثمن إلى فكرة عرض الثمن عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، إذ كان من رأى هذه اللجنة أن « هذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . ومن ثم عدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مخصوماً منه قيمة ما يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . والمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقي . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . ولما عرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، رأت أن الأسلم هو إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع في باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح بالعودة إلى عرض الثمن والاستغناء به عن الإيداع ، وبأنه إذا روى ضرورة إيداع الثمن يكون الحكم بسقوط حق الشفعة في حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى

عمن الشفيع وفاء ، وبالتالي فلا مبرر لإلزامه بالإيداع » . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقي دون تفويت حق لأحد ، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكة » . إذ أن مثل هذا الإيداع كفيلاً بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من هواة المضاربة ، كما أنه يقضى من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقي » . وبعد تبادل الرأى تقدم أحد الأعضاء بالنص التالى . « يجب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على يد محضر ، ويجوز أن يقرن هذا الإعلان أو يتبع في خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ حصوله بإيداع الثمن وملحقاته خزانة المحكة الدائن في دائرتها العقار . فإذا لم يحصل هذا العرض أو إذا رفض ، وجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكة المذكورة ، وقبل رفع دعوى الشفعة ، مبلغاً يساوى ثلث الثمن على الأقل ، وإلا كان العرض باطلاً . وبعد مناقشة وافقت اللجنة على هذا النص . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٣ - ص ٤١٩ في الهامش .

القائلين بالغاء هذا النظام ورأى القائلين بابقائه ، واشترط إيداع الثمن مظهر من مظاهر التقييد . ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق في الشفعة جوازياً للقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير ، وقررت تعديل النص على هذا الأساس . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لحيته ، وهو النص الذي استقر أخيراً في التقنين المدني الجديد (م ٢/٩٤٢ مدني سالفه الذكر) (١) .

٢١١ - وقت إيداع الثمن ومطالبة : تقضى المادة ٢/٩٤٢ مدني ، كما

رأينا (٢) ، بأن إيداع الثمن يجب أن يتم في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان طلب الشفعة ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، ويجب أن يكون الإيداع في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه وهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة .

فيصح إذن أن يكون إيداع الشفع للثمن عقب إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، أو عند إعلان هذه الرغبة فيضمن الإعلان بياناً بأنه أودع الثمن في خزانة المحكمة ويجوز أن يتراخى الإيداع إلى ما بعد ذلك ، ريثما يدبر الشفع المبلغ الواجب إيداعه . ولكن لا يجوز أن يتأخر الإيداع بحيث يجاوز ثلاثين يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة ، أي من وقت وصول الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . ولا يحسب يوم وصول الإعلان ، فيسرى الميعاد في اليوم التالي ، وينقضي بانقضاء ثلاثين يوماً ابتداء من هذا اليوم ، فيجب أن يتم الإيداع في اليوم الثلاثين على الأكثر . فإذا صادف يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلي انتهاء العطلة . وقد يصل إعلان طلب الشفعة إلى البائع وإلى المشتري في يومين مختلفين ، في حدود الخمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فتكون العبرة بآخر هذين اليومين لا بأولهما ، لأن إعلان طلب الشفعة لا يتم إلا إذا وصل الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . فإذا وصل الإعلان إلى المشتري في يوم معين ، ثم وصل الإعلان

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

إلى البائع بعد يومين مثلاً من اليوم الذي وصل فيه الإعلان إلى المشتري ، فإن ميعاد الثلاثين يوماً يسرى من اليوم التالي لليوم الذي وصل فيه الإعلان إلى البائع (١) .

ويجب على كل حال أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة (٢) ، وسنرى عند الكلام في دعوى الشفعة أن هذه الدعوى يجب أن ترفع هي أيضاً في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان طلب الشفعة وإلا سقط الحق فيها . ويستطيع الشفيع بطبيعة الحال أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل انقضاء الثلاثين يوماً بوقت كاف يمكنه من أن يرفع دعوى الشفعة في الميعاد ، وبذلك لا يسقط حقه لا من ناحية التأخر في الإيداع ولا من ناحية التأخر في رفع دعوى الشفعة ، وهذا هو الأفضل ، أما إذا تأخر في الإيداع إلى اليوم الثلاثين ، فإنه يستطيع أن يجد مخرجاً له من سقوط حقه . فهو إذا أودع الثمن في اليوم الثلاثين ، لم يكن متأخراً في الإيداع ولم يسقط حقه من هذه الناحية . ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يقدم صحيفة دعوى الشفعة إلى قلم المحضرين في نفس اليوم ، ويعتبر تقديم صحيفة الدعوى قاطعاً لمدة السقوط . ومن ثم لا يعتبر متأخراً في رفع

(١) نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ .
(٢) ولا يشترط أن يحصل الإيداع في اليوم السابق لرفع الدعوى ، بل يجوز أن يحصل في نفس اليوم الذي رفعت الدعوى فيه ، مادام قد حصل قبل رفع الدعوى . وقد قضت محكمة النقض ، قبل صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات ، بأن المشرع قد هدف من حصول الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى ، فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع . أما التحدي بالمادة ٢٠ مرافعات فردود بأن القانون قد شرط ميعادين ، أحدهما محدد بالأيام له بدايته ونهايته ، والثاني غير محدد بالأيام وإنما يفصل زمن غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الإيداع قد سبق رفع الدعوى التي أعلنت للمطعون عليهم قبل مضي الثلاثين يوماً من إعلان الرغبة بدليل الإشارة في عريضتها إلى رقم قسيمة الإيداع ، فإن شروط المادة ٢/٩٤٢ مدني تكون قد توفرت (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠ .

دعوى الشفعة في «حلال الثلاثين يوماً بعد أن قطع تقديم صحيفة الدعوى مدة السقوط ، ويعتبر في الوقت ذاته قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة . وتنص المادة ٧٥ مرافعات ، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، في هذا المعنى على ما يأتي : « وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من يوم تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في رفع دعوى الشفعة (١) .

ويخلص مما قدمناه أن توقيت إجراءات الشفعة يجري في الغالب على الوجه الآتي : : يبدأ المشتري ، عقب شرائه العقار المشفوع فيه ، بانذار الشفع إنذاراً رسمياً بوقوع البيع . وفي خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار ، يعلن الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري . وفي خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، يودع الشفع الثمن في خزانة المحكمة ، ويرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري (٢) .

٢١٢- ما الزى يجب إبراءه - كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع :
والذي يجب على الشفع إيداعه خزانة المحكمة في الميعاد المتقدم الذكر هو ، كما تقول المادة ٩٤٢ مدني ، « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . والأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع يفترض أنه هو الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، إلا إذا ثبت عكس ذلك .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٢٠ .

(٢) ويسبق قيد الدعوى رفعها طبقاً للمادة ٧٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، على الوجه الذي سنبينه فيما يلي (أنظر فقرة ٢٢٠) . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فقد كان قيد الدعوى يل رفعها ، وكان الواجب هو إيداع الثمن قبل رفع الدعوى لا قبل قيدها . فالإيداع الذي يقع بعد رفع الدعوى يكون إيداعاً غير صحيح ، ولو وقع قبل قيد الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن كلا من رفع الدعوى وقيدها إجراء يختلف عن الآخر ، ومن ثم لا يكون هناك مع رضوح النص مجال للخلط بين هذين الإجراءين . ويكون القول بأن القانون ، إذ شرط في المادة ٩٤٢ مدني لقبول دعوى الشفعة وجوب إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى إنما قصد إلى أن يتم الإيداع قبل قيدها قول غير صحيح في القانون (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٦ ص ٣٩١) .

ومن ثم يجب على الشفيع ، في الأصل ، أن يودع خزانة المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع . ويستطيع العلم به إما من الإنذار الرسمي الذي وجهه إليه البائع أو المشتري بوقوع البيع ويشتمل فيما يشتمل عليه من بيانات ذكر الثمن الذي حصل به البيع ^(١) ، أو من البحث في سجلات الشهر العقاري إذا لم يصله إنذار رسمي و كان البيع قد سجل فيكشف عن الثمن المذكور في العقد من واقع التسجيل . فاذا ما أودع الثمن ^(٢) المذكور في عقد البيع ، كان إجراء الإيداع سليماً لا مطعن عليه . وله بعد ذلك أن يثبت ، بجميع طرق الإثبات ، أن هذا الثمن المذكور في عقد البيع هو أكبر من الثمن الحقيقي ، وقد ذكر في العقد مبالغاً فيه على هذا النحو لتعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو لإلزامه بدفع مبلغ يزيد على الثمن الحقيقي فيربح المشتري من وراء ذلك ، وهذا ما يحدث كثيراً في العمل ^(٣) . فاذا ما أثبت الشفيع مقدار الثمن الحقيقي ، استرد مما أودعه خزانة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ .

(٢) ويجب أن يكون الشفيع مالكا للمال الذي يودعه ، فاذا كان لراهب عقار يملكه قبل دخوله سلك الرهبنة ، لم يستطع بعد دخوله هذا السلك أن يشفع بهذا العقار إذا كان المبلغ الذي يودعه خزانة المحكمة ليس من ماله الخاص بل من مال البيعة التي يتبعها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المناط في أحقية الراهب في المطالبة بالشفعة يتحدد ، لا بما إذا كانت العين التي يشفع بها مملوكة ملكية خاصة فحسب ، بل بما إذا كان المبلغ الذي أودعه ثمناً للعقار المشفوع فيه من ماله الخاص أيضاً . فاذا كان الراهب قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة ، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذي أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص ، وكان ما قرره الراهب من أن العين المشفوع بها هي من ماله الخاص لا يدل بذاته على أن الثمن الذي أودعه يخرج عن مال البيعة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاؤه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن ما يملكه الراهب من مال بعد انخراطه في سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التي يتبعها ، وعلى أن الراهب رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه مثلاً للكنيسة ، فإن هذا الذي قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق ، بما فيها القرائن ، أن الثمن الوارد في عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها ، بل هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة . ولكن إذا توافر لدى القاضي الدليل على صحة الثمن المسمى في العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق ، كما إذا قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحة الثمن وهي شراء نفس الشفيع أحياناً في نفس الخوض في تواريخ قرينة من تاريخ العقد سبب الشفعة بأثمان تزيد على الثمن المسمى في هذا العقد (نقض مدني ٢٨ -

المحكمة مقدار الزيادة . كذلك يستطيع البائع أو المشتري ، في رأينا ، أن يثبت بالطرق الجائزة في الإثبات فيما بين البائع والمشتري أن الثمن المذكور في العقد

= مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٩ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت المشفوع ضدّها في خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً ، وهو عقد البيع الابتدائي الموقع عليه من قبلها ، ولم تعتمد بما أبدياه من تعليل لرفع الثمن في العقد النهائي لما ساقته في هذا الخصوص من أسباب سائقة ، فلا وجه لتنتي على حكمها بأنها لم تحمل الدعوى على التحقيق لتعبر حقيقة الثمن . ذلك بأن لما في هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أورقته تبعاً لما يراهي لها من عناصر الدعوى (نقض ملغى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣) . وانظر استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٦ - ١٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ - استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٦٨ ص ٢٢٣ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٢٤ .

ولأنّ المحكمة بتحقيق ادعاء الشفيع إلا إذا وجدت في الدعوى قرائن تشير بصحة ، حتى لا يكون المشتري معرضاً لترع ملكية العقار الذي اشتراه بثمن أقل من الثمن المذكور في العقد بمجرد شهادة بعض الشهود (استئناف وطني ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠٠) . وذلك كأن تتأكد المحكمة من مستندات أو من خبر أن العقار لا يساوي الثمن المذكور في العقد ، ولا توجد أسباب خاصة تحمل المشتري على شرائه بأكثر من قيمته . والمحكمة أن تحلف المشتري اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد في العقد (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥) . ولا يقبل القاضي إثباتاً لصورية الثمن إلا القرائن القوية التي لا تدع مجالاً للشك في صحة ما يدعيه الشفيع (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٢) . والشفيع هو الذي يحلّ عبه إثبات صورية الثمن ، فلا يقبل منه دفع كل الثمن الوارد في العقد مشروطاً أن يثبت المشتري جديته (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠) .

وإذا أحالت المحكمة القضية على التحقيق ، وجب البحث ، لاعن قيمة العقار ، بل عن الثمن المدفوع ، وسياق الدليل الذي استند إليه الحكم في قضائه بهذا الثمن (نقض ملغى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥١ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٢) .

هو أقل من الثمن الحقيقي (١) ، وقد ذكر في العقد نافعا لتحقيق غرض معين ولو كان غرضا غير مشروع كالهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة . فاذا ما ثبت الثمن الحقيقي ، وأن الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة هو أقل منه ، كان الإيداع مع ذلك إجراء صحيحا لأن الشفيع يكون معذورا إذا هو لم يعلم بالثمن الحقيقي واعتمد على ما هو مذكور في العقد أنه هو الثمن ، ولكنه ينزم بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي وبين ما أودعه فعلا خزانة المحكمة (٢) . على أن هذا الرأي ليس هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض وفريق من التفتاء ، فهو لا يذهبون إلى أن الشفيع يعتبر من الغير في عقد البيع المشفوع فيه ، فاذا كان هذا العقد صوريا ولو في جزء منه كالثمن ، فإن للشفيع إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، وعلى ذلك لا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور في العقد إذا كان هذا الثمن صوريا وكان أقل من الثمن الحقيقي ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٣) .

هذا كله إذا أودع الشفيع خزانة المحكمة الثمن المذكور في العقد ، وهو ما يجدر به أن يفعله حتى يطمئن اطمئنانا تاما إلى أن إجراء الإيداع قد تم صحيحا لا مطعن عليه كما سبق القول . ولكن يقع في بعض الأحيان أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغيا فيه مبالغة شديدة بقصد إرهاب الشفيع بالزامه بإيداع ثمن أكبر من الثمن الحقيقي . فهل يستطيع الشفيع في هذه الحالة أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي ؟ إن ما تتطلبه المادة ٩٤٢ : ٢ مدني هو كما رأينا إيداع « كل الثمن الحقيقي » . فاذا عرف الشفيع هذا الثمن ، وكان أقل من الثمن المذكور في عقد البيع ، فهو لا يلتزم إلا بإيداع الثمن الحقيقي دون الثمن المذكور في العقد ، ويكون الإيداع صحيحا في هذه الحالة . ولكنه هو الذي يحمل عبء إثبات أن ما أودعه خزانة المحكمة هو الثمن الحقيقي ، ويستطيع أن يثبت ذلك

(١) وعلى العكس من ذلك نصت المادة ٢٥١ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المادة ٢٥١ من قانون ١٩٤٨) على أنه «إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشتري وصاحب حق الشفعة ، فتعين المحكمة الثمن الحقيقي بصرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يسمع الادعاء من المشتري بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور في العقد المسجل» .

(٢) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ففروق ٢٣٩ وفقرة ٢٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٠ والأحكام المشار إليها في الماشر .

بجميع طرق الإثبات (١) . فإذا ما أثبت أن المبلغ الذي أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقي ، سواء كان معادلاً له أو كان أكبر منه ، فإن الإيداع يكون صحيحاً كما قدمنا ، حتى لو كان هذا المبلغ أقل من الثمن المذكور في العقد ، وله أن يسترد الفرق فيما إذا أودع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقي . أما إذا لم يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الحقيقي هو أقل من الثمن المذكور في العقد ولكنه أكبر من المبلغ الذي أودعه خزانة المحكمة ، فإنه لا يكون قد أودع « كل الثمن الحقيقي » . فيكون الإيداع غير صحيح ، حتى لو ذكر عند الإيداع أنه مستعد لإكمال المبلغ المودع إلى مقدار الثمن الحقيقي فيما لو ظهر أن المبلغ المودع أقل ، ومن ثم تسقط شفاعته (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفع إذا وجه اليمين الحاسمة إلى كل من المشتري والبائع على صحة الثمن المذكور في العقد ، وحلف المشتري ، وتخلف البائع عن الحضور لحلف اليمين ، فإن تخلفه لا يضار به المشتري ، وتكون يمين المشتري إذ هو ذو المصلحة الكبرى في إثبات أن الثمن المذكور في العقد هو الثمن الصحيح (استئناف مختلط : نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٢٢ ص ٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدني توجب على الشفع أن يودع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن في دائرتها انعقاد كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، وبرتبت على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق في الشفعة ، كان مفاد هذا أن الإيداع الكامل وفي انقياد المذكور أصبح شرطاً أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها ، ولا تعتبر الدعوى قائمة في نظر القانون إلا بتحقيق حصوله . فإذا كان الثابت في الدعوى أن الشفعة قد بادرت برفع دعواها بناء على علم تفقائي دون انتظار لإفذار رسمي من جانب البائع أو المشتري ، وأودعت ماثلته الثمن الحقيقي ثم ظهر أنه على خلافه ، كانت بذلك مجتزئة وعليها خطرهما ، وتكون بهذا الإيداع الناقص قد عرفت حقها في الأخذ بالشفعة للسقوط (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وانظر أيضاً نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ الحامدة ٣٠ رقم ٢٦ ص ١٢٠٧ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٢ ص ٦١٥ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ -

وغنى عن البيان أنه إذا رفعت دعوى الشفعة في الوقت الذي كان قانون الشفعة السابق معمولاً به : فإن الشفيع لم يكن في حاجة وقتذاك إلى إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى ، بل كان يكفي أن يعرض الثمن وملحقاته عرضاً بسيطاً في إعلان طلب الشفعة (١) . فإذا فعل ذلك ، ثم صدر التقنين المدني الجديد ، فإن المادة ٢/٩٤٢ من هذا التقنين لا تسرى في حقه إذ ليس لها أثر رجعي . ومن ثم يعتبر العرض البسيط الذي صدر منه إجراء قد تم صحيحاً طبقاً لأحكام قانون معمول به فلا يلتزم بعد صدور التقنين المدني الجديد بإيداع الثمن خزانة المحكمة ، حتى لو كانت دعوى الشفعة لم يفصل فيها وقت صدور هذا التقنين . وقد نصت المادة ١/٢ مرافعات على أن كل إجراء من

= ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - قنا الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٢ ص ٩٩٩ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٣ ص ٩٩٩ - شين الكوم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٤٣ ص ٩٥٦ - استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٣ ص ٤٢٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٥٤ - إسماعيل غانم ص ٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ ص ٤٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ - حسن كيرة ص ٢٠ .

وقارن استئناف وطني ١٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسية ١٤ رقم ٤٨ ص ٩١ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه إذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وعين الثمن الذي أسس عليه هذه الرغبة قائلاً إن هذا المبلغ هو الذي دلت تحريات على أنه الثمن الحقيقي وهو قيمة ما تساويه العين المبيعة في نظره ، فإن العرض في هذه الحالة يكون مقيداً بالثمن المذكور . فإذا تبين أن هذا الثمن دون الثمن الحقيقي الذي ثبت لدى محكمة الاستئناف فإن هذا العرض يكون ناقصاً نقصاً لا يعزى عنه أن يكون الشفيع قد وصف الثمن الذي عينه بأنه الثمن الحقيقي ، لأن طلب الشفعة على أساس ثمن معين لا يفيد بذاته استبعاد الطالب للأخذ بثمان أعلى (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٠) . ولكن إذا كان المبلغ الذي عرضه الشفيع أقل من الثمن الذي انقده به البيع ، فإن العرض يكون مع ذلك صحيحاً إذا أظهر الشفيع استعداده لدفع ما يظهر أنه الثمن الحقيقي مع كافة المعروفات الرسية (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٩ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٩) .

إجراءات المرافعات ثم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ، ما لم ينص على غير ذلك . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى للشفيع بالشفعة ، قد قرر أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه خزانة المحكمة ليس لازما لصحة الشفعة ، بل يكفي العرض البسيط للثمن الذي يراه الشفيع حقيقيا ، ولا محل للتمسك بالمادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد إذ أن دعوى الشفعة قد رفعت قبل العمل بهذا القانون ولا أثر له على الماضي ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه (١) . وقضت أيضا بأن الإيداع في حكم القانون الجديد شرط لقبول الدعوى ، ولما كانت الدعوى قد رفعت صحيحة وفقا لقانون الشفعة القديم ، فلا يسرى عليها نص المادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد ، سواء اعتبر هذا الشرط متعلقا بالإجراءات أو متصلا بموضوع الحق (٢) .

٢١٣- إيداع كل ائتمه ولو كان مؤجلا أو لم يرفع المشتري إله جزءا منه فقط : تقضى المادة ٢/٩٤٥ مدني ، كما سنرى (٣) ، بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . فإذا اتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسما ، فإن الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط الذي راعى فيه البائع اعتبارات خاصة بالمشتري ، بل يجب عليه إيداع الثمن كله قبل رفع دعوى الشفعة . فإذا أراد الشفيع أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط ، وجب عليه الحصول على رضاء البائع بذلك ، بعد ثبوت حقه في الشفعة .

(١) نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ علما جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ .

(٢) نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠١ - وقارن استئناف المنصورة ١٢ مايو سنة ١٩٥٣ المأماة ٣٤ رقم ٥١ ص ١٠٦ .

(٣) أنظر مايل فقرة ٢٣٨ .

فواضح إذن أن الشفع ، في حالة ما إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً بالنسبة إلى المشتري ، يجب عليه إيداع كل الثمن في الميعاد القانوني ، حتى لو كان المشتري لم يدفع للبائع شيئاً من الثمن في حالة التأجيل ، أو دفع جزءاً منه فقط في حالة التقسيط . فالشفع ملزم في الحالتين ، كما قدمنا ، بدفع كل الثمن فوراً للبائع ، فيجب عليه إذن إيداع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . وحتى لو حصل الشفع مقدماً على رضا البائع بالتأجيل أو بالتقسيط ، فأصبح غير ملزم بدفع كل الثمن فوراً للبائع ، فانه يتعين عليه ، من ناحية الإيداع كإجراء ضروري من إجراءات الشفعة ، أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . ذلك أن المادة ٩٤٢/٢ مدني ، وهي تتكلم عن الإيداع ، يختلف نطاق تطبيقها عن نطاق تطبيق المادة ٩٩٤٥/٢ مدني الخاصة بميعاد وفاة الشفع بالثمن للبائع . فالنص الأخير مقصور على العلاقة ما بين الشفع والبائع بعد أن يثبت حق الشفع في الشفعة ، فيجيز للبائع بالنسبة إلى الشفع أن يؤجل الثمن أو يقسطه كما أجله أو قسطه بالنسبة إلى المشتري . أما النص الأول فخاص بإجراء ضروري من إجراءات الشفعة لا بد من القيام به وإلا سقط حق الشفع ، وهو إيداع الثمن . وقد جاء النص عاماً مطلقاً ، وأوجب على الشفع في جميع الأحوال أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني . على أن المقصود بالزام الشفع بإيداع كل الثمن خزانة المحكمة ، ليس فحسب مراعاة مصلحة البائع حتى يقال إن هذا الالتزام يسقط برضائه ، بل أيضاً لأن إيداع الثمن ، كما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، مظهر من مظاهر تقييد الشفعة للتوفيق بين رأي القائلين بالغائها ورأي القائلين بإبقائها . فاذا أودع الشفع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني على الوجه الذي يتطلبه القانون ، فقد قام بالإجراء الواجب حتى يثبت حقه في الشفعة . وعند ذلك يستطيع الشفع أن يلزم البائع بما اتفق عليه معه ، فيسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، ثم يسدده له في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الشارع ، إذ أوجب في الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني أن يودع ، في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، خزانة المحكمة الكائن في دائرتها المقار كل الثمن الحقيقي الذي =

٢١٤ - ملحقات الثمن : رأينا فيما تقدم أن الشفيع يجب عليه أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة ، فهل يجب عليه أيضاً أن يودع مع الثمن ملحقاته ؟ وملحقات الثمن قد تكون رسمية كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، وقد تكون غير رسمية كالسمسة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه .

لم نذكر المادة ٢/٩٤٢ مدني ، في شأن الإيداع ، إلا إيداع « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . فلم نذكر ملحقات الثمن ، ولو أراد الشارع أن تودع ملحقات الثمن ، رسمية أو غير رسمية ، لما فاته ذكر ذلك . فقد ذكر ، في شأن البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار الرسمي بوقوع البيع الموجه من البائع أو المشتري للشفيع (م ٩٤١ مدني) ، أن من هذه البيانات « بيان الثمن والمصروفات الرسمية » ، فلم يغفل المصروفات ، بل لم يغفل تحديد نوعها . فلو أراد أن يودع مع الثمن ملحقاته ، لما أغفل ذكر الملحقات ، ولنص عليها

= حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة ، فقد دل بذلك على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد المذكور وعلى الوجه السابق بيانه هو شرط لقبول دعوى الشفعة . فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون لأنه فضلاً عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص ، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده ، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عند ما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي ، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه . ولاتعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة ، وبين ما نص عليه في المادة ٩٤٥ من أنه لاحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ، ويصبح الثمن من حق البائع وحده ، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري . ومن ثم لا يجوز ، استناداً إلى هذا النص ، تخويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦) . وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - وانظر محمد علي عركة ٢ فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣١٨ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - وقارن شمين الكوم الكلية أول يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٢ ص ١١٠٦ .

نصاً صريحاً كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار الرسمي. وقد اكتفى المشرع بإيداع كل الثمن دون إيداع الملحقات ، إذ قد لا يتيسر بحساب الملحقات على وجه التحقيق لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى يكتفى بإيداع « ثلث الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع » ، فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن في المراحل التالية . وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق في ذمته لقاء الأخذ بالشفعة ، بل يودع مبلغاً يكتفى للدلالة على جدية طلبه وعلى أنه لا يقصد المساومة والمضاربة بطلبه الشفعة (١) . وإذا كان المشرع قد أوجب إيداع « كل الثمن » ، فليس المقصود من هذا التعبير أن يتضمن الثمن ملحقاته ، وإنما أريد أن يشمل الإيداع « كل » الثمن بعد أن كان لا يشمل في المشروع التمهيدى إلا « ثلثه » كما سبق القول . فالشفيع إذن لا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن ، وتكون هذه محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر دعوى الشفعة ، وعلى المشتري أن يقدم ما يثبت مفردات هذه الملحقات وأنه صرفها جميعاً حتى يقضى له بها على الشفيع .

وهذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه في مصر (٢) ، كما أخذت به محكمة النقض بعد أن كانت قد قضت بعكسه (٣) . فقد انتهت محكمة النقض في قضائها الأخير إلى أن تقرر أن الشارع تعمد في القانون الجديد إغفال ملحقات

(١) انظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - وانظر عكس ذلك وأنه يجب إيداع الملحقات مع الثمن محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٦ .

(٣) إذ كانت قد قضت بأنه متى كان الحكم قد قرر ، لأسبابه الساتفة التى تنفق مع شروط البيع ، أن الشفيع إذا لم يتم بإيداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شئ . عن هذه الملحقات ولا عن مقدارها ، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون ، ويكون للشفيع عذره في عدم إيداع الملحقات مع الثمن (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . ويستخلص من هذا الحكم أن الشفيع ، إذا كان قد وصل إلى علمه مقدار الملحقات ، فإنه يجب عليه إيداعها مع الثمن . وانظر أيضاً في هذا المعنى سواهج الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٣٤ ص ٢٩ . وقد عدلت محكمة النقض عن قضائها هذا إلى عكسه فقضت ، كما نرى في المتن ، بأن الشفيع لا يلتزم بإيداع الملحقات مع الثمن .

التمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع التمن الحقيقي فحسب ، مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود : فلا ينسحب إلى ملحقات التمن التي لم يرد بها تكليف في القانون . ويؤيد هذا النظر أن المشرع في التقنين الجديد لم يكن يغيب عنه أمر الملحقات . فأورد ذكرها في المادة ٩٤٠ مدني التي حددت البيانات التي يشتمل عليها الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع لإعلانه بالبيع . ومنها بيان التمن والمصروفات الرسمية . ولما أراد الشارع أن يقرر القاعدة التي انتهجها في التقنين الجديد في خصوص الإيداع ، نص في المادة ٩٤٢ التالية على ما يجب إيداعه ، فذكر التمن وحده دون الملحقات ، مما يقطع في الدلالة على أنه لا يوجب إيداع ملحقات التمن (١) .

٢١٥ - المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عنه البناء

والغراسي : وسرى أن الشفيع يجب أن يرد للمشتري ما أنفقه على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة ، وذلك طبقاً للقواعد التي قررها القانون في شأن هذه المصروفات . كذلك يجب عليه أن يعرض المشتري عما أحدثه هذا في العقار المشفوع فيه من بناء وغراس ، وهذا طبقاً لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون في المادة ٩٤٦ مدني ، وسيجيء بيانها تفصيلاً فيما يلي .

وإذا كان الشفيع غير ملزم بإيداع ملحقات التمن خزائنة المحكمة مع التمن . فهو من باب أولى غير ملزم بإيداع ما يستحق في ذمته للمشتري بسبب المصروفات الضرورية والنافعة وبسبب البناء والغراس ، لنفس الاعتبارات التي قدمناها في ملحقات التمن ويكون ما يستحق في ذمته بسبب كل ذلك موضوع مطالبة

- وكانت محكمة النقض تقضي ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن عرض ملحقات التمن لا يكون واجباً على الشفيع إلا إذا كان عالماً وجودها ، فإن حقه في الشفعة لا يسقط إلا بإثبات هذا العلم وإغفاله إيداع الرغبة في الالتزام بها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٣ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧٢ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

(١) نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤١ ص ٢٧٨ .

خاصة يتقدم بها المشتري في دعوى الشفعة ، ويقضى له بها على الشفيع إذا هو أثبتها طبقاً للقواعد المقررة قانوناً (١) .

٢١٦- الجزاء المترتب على عدم إبراع الثمن في الميعاد القانوني : رأينا (٢)

أن المادة ٩٤٢/٢ مدني ، بعد أن قررت وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه في ميعاد معين حددته ، نصت في آخرها على ما يأتي : « فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة » . فالنص صريح إذن في أن جزاء إخلال الشفيع بالتزامه من إيداع كل الثمن الحقيقي خزانة المحكمة في الميعاد القانوني هو سقوط حقه في الشفعة .

ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، بل إن للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها . وقد قدمنا أن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعييدها هو من النظام العام ، فللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط (٣) . وقد قضت محكمة النقض ، في خصوص إيداع الثمن ، بأن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة ٩٤٢ مدني (٤) .

وما دام يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع لعدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد ، فانه يترتب على ذلك أنه يجوز إيداع الدفع بسقوط الشفعة لهذا السبب لأول مرة ، لا فحسب أمام محكمة الاستئناف ، بل أيضاً أمام محكمة النقض .

(١) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤٤ هامش ٢ .

(٤) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٥٥ ص ٢٥٦ .

§ ٢ - رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢١٧ - نص قانونى : تنص المادة ٩٤٣ مدنى على ما يأتى :

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : -

١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . وتقيد بالجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم فيها دائماً على وجه الاستعجال . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي على النص يجعل معناه أوضح ، فأصبح يجري على الوجه الآتى : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٦ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشئون التشريعية ، أدخل تعديل على النص يقضى بصرف النظر عن إيداع الثمن خزانة المحكمة والاستعاضة عن الإيداع بعرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى . ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال ، فالمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقي . ورأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفيع في تدبير المبلغ وفي الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخضع من الثمن الذي يدفعه الشفيع . وعلى ذلك عدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مخصوصاً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق في الدعوى . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ١٠١٣ (أنظر ماسبق بيانه آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، تقرر الرجوع إلى فكرة إيداع الثمن بدلاً من عرضه عند إعلان عريضة الدعوى الشفعة - وعلى ذلك وافقت اللجنة على النص كما ورد في المشروع النهائي لا كما ورد من مجلس النواب ، مع إدماج الفقرة الثانية في الفقرة الأولى ، واستبدال عبارة « على وجه السرعة » بعبارة « على وجه الاستعجال » تمثيلاً مع تعبير تقنين المرافعات - فأصبح النص ، تحت رقم ٩٤٣ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ١٥ و ١٦ (١) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٣٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ وم ٢٤٨ (٢) .
والنص سالف الذكر يقتضي بحث المسائل الآتية : (١) الخصوم في دعوى
الشفعة . (٢) المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة . (٣) رفع دعوى الشفعة وقيدها
في ميعاد معين . (٤) الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة . (٥) الخصوم
في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن فيه بالنقض . (٦) الحكم
النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله .

(١) قانون الشفعة السابق م ١٥ : ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة
الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة
عشرة ، وإلا سقط الحق فيها .

م ١٦ : ويحكم فيها دائماً على وجه السرعة .
(والتقنين المدني الجديد يتفق مع قانون الشفعة السابق ، فيما عدا أن التقنين المدني الجديد
أوجب قيد دعوى الشفعة أيضاً في نفس الميعاد الذي أوجب فيه رفع الدعوى) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٩ : ١ - يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل
من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه . ٢ - وتعتبر
دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة .

(ويوافق التقنين العراقي التقنين المصري . إلا أنه لم يذكر أن قيد الدعوى يجب أن يتم
أيضاً في نفس ميعاد رفع الدعوى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ : وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء
الأيام العشرة التي تلي التبليغ ، بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . م ٢٤٨ : إذا
لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل
العقد في السجل العقاري . وتسري هذه المدة بحق فاقدي الأهلية والغائبين - وإن المدة المذكورة
في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود
العقار المتصالحة بحسب الثمن المذكور في العقد .

(والتقنين اللبناني لا يشترط إيداء الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل رفع دعوى الشفعة :
أنظر آتياً ص ٦٢٨ هامش ١ . ويشترط أن ترفع دعوى الشفعة - دون أن يتكلم عن
تبدعها - في خلال عشرة أيام من تبليغ المشتري للشفيع تسجيل عقد البيع المشفوع فيه . فإذا
لم يحصل هذا التبليغ ، ففي خلال سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري) .

٢١٨- القصور في دعوى الشفعة : المدعى في دعوى الشفعة هو

الشفيع (١) . وقد قدمنا أن الأخذ بالشفعة ، هو عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ولذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف . فإذا كان كامل الأهلية ، أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، جازله وحده أن يرفع دعوى الشفعة . وله أن يوكل في رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، فالوكالة العامة لا تكفى لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف (٢) . أما إذا كان الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه ، فوليه أو وصيه هو الذى يرفع دعوى الشفعة ، بإذن من المحكمة أو بغير إذن على التفصيل الذى قدمناه عند الكلام في أهلية الشفيع (٣) .

والمدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع ، فرفع الدعوى على المشتري وحده أو على البائع وحده لا يكفى . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل المدعى عليه في دعوى الشفعة هو المشتري وحده ، فكانت دعوى

(١) وإذا تعدد الشفعاء ، قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعاً بصحيفة واحدة ، ولونزل أحدهم للآخرين ، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعاً في إعلان واحد وفي ميعاد خمسة عشر يوماً (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥) .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٥ - فإذا كانت الوكالة وكالة عامة ، وأخذ الوكيل بالشفعة نيابة عن موكله ، وأجاز الموكل هذا العمل ، صح الأخذ بالشفعة ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (استئناف وطنى ٦ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧) .

قارن مصر ١٣ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣١ ص ٤٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ - وإذا طلب الولي أو الوصى الشفعة لنفسه بالأصالة ، فظهر أن العقار الذى يشفع به مملوك للقاصر المشمول بولايته أو وصايته ، فلا يصلح طلبه الشفعة لنفسه طلباً للشفعة نيابة عن محجوره ، بل لابد من طلب جديد باسم المحجور يقدم في الميعاد القانونى (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١١٩ ص ٣٦٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢) . وإذا باع الولي أو الوصى عقاراً مملوكاً له أو اشترى لنفسه عقاراً ، وكان المحجور شفيعاً في العقار المبيع أو العقار المشتري ، فالمحكمة تعين المحجور وصياً خاصاً (ad hoc) ينوب عنه في الأخذ بالشفعة (طنطا الكلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٦ ص ٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٣ ص ٤٣١) .

الشفعة ترفع على المشتري دون البائع (١) . أما قانون الشفعة السابق ، ومن بعده التقنين المدني الجديد ، فيجعلان المدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع ، ولا بد أن ترفع الدعوى على كليهما (٢) . والسبب في ذلك أن ثبوت الحق في الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع ، فأنثر الشفعة إذن يمتد إلى كل من المشتري والبائع ، فيكون هذان معاً طرفاً سواء في توجيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إليهما أو في رفع دعوى الشفعة عليهما (٣) . وما دام الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع ، وما دامت حقوق البائع قبل المشتري تسقط ولا يستطيع البائع أن يطالب بها إلا الشفيع الذي حل محل المشتري ، وما دام الشفيع يصبح هو الدائن للبائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، فإنه يخلص من كل ذلك أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم يمس البائع بقدر ما يمس المشتري (٤) . وعلى ذلك لا بد من رفع الدعوى على كل من المشتري والبائع في الميعاد القانوني ،

(١) استئناف مخطط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣

م ٥ ص ٢٠٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع والبائع والمشتري ، سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع . فإن رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ، ولم يخاصم أحد صاحبيه ، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لا حكم إلا في دعوى ، ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣) . وانظر نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص ٧٨٧ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ الحاماة ٢٣ رقم ٦٢٧ ص ١٤١٧ - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٤ ص ١٠٣١ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٠٠ ص ١١٣٦ - استئناف مصر ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ١٧١ ص ٣٨٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٩٢ - أسبوط انكليزية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢٩ .

(٤) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٣٤ ص ٤٣٣ - محمد علي عرقة ٢ فقرة ٣٠٢

ص ٥١١ - ص ٥١٢ .

والإسقاط حق الشفع في الشفعة (١). فإذا رفعت الدعوى على أحدهما في الميعاد القانوني ، وعلى الآخر بعد انقضاء الميعاد القانوني لم تصح الدعوى (٢). ولكن إذا رفع الشفع الدعوى على بعض بائعي العقار في الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم ، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني (٣). ويجب على الشفع أن يختصم جميع البائعين وجميع المشترين الذين وردت أسماؤهم في الإنذار الرسمي الموجه إليه بوقوع البيع ، حتى لو كان يتمسك بأن عقود بعض المشترين عقود صورية يراد بها التحايل على منع الشفعة . فالطعن بالصورية لا يمنع من اختصاص المشتري المطعون في عقده في دعوى الشفعة ، وفي هذه الدعوى يطعن في العقد

(١) استئناف مصر ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ - وإذا صدر حكم بثبوت الشفعة ، ثم رفع المشتري دعوى بسقوط هذا الحكم ، فيمكن أن يختصم فيها الشفع . وإذا طعن الشفع بالنقض في الحكم الصادر بسقوط حكم الشفعة ، اكتفى كذلك باختصاص المشتري . وذلك أن اختصاص كل من البائع والمشتري إنما يكون ضرورياً في دعوى الشفعة ذاتها ، ولا يمتد ذلك إلى دعوى سقوط حكم الشفعة (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٢٩ ص ٢٧٦).

(٢) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٣٧ (ويشير إلى حكم استئناف مصر في ٢ فبراير سنة ١٩٤٥) - أسيوط الكلية ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - وإذا تعدد البائع تجهيل اسم المشتري ، فليس له أن يدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لأنها لم ترفع على المشتري ، إذ لا يجوز أن يستفيد من تفضيله (استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠).

(٣) استئناف وطني ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ - وإذا بيع عقار على الشيوع لشخصين ، وكانت الشفعة لا يمكن استئصالها إلا في العقار جميعه ، لم تكن الدعوى صحيحة إلا إذا رفعت في الميعاد القانوني على كل من المشترين ، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر سقط حق الشفع بالنسبة إلى الكل (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٢٧). أما إذا كان محل الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمة ، واشتراها عدة أشخاص حصصاً مفردة ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة على بعض المشترين ، ولو أشارت إلى الأرض جميعها ، لا يكون لها تأثير بالنسبة إلى باقي المشترين (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٨). وإذا توفي أحد الخصوم عن عدة ورثة ، وجب اختصاص هؤلاء الورثة جميعاً - فإذا طعن في الحكم الصادر لمصلحة الشفع أحد ورثة البائع أو المشتري دون باقي الورثة ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ - ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨١ ص ١١٦٣).

بالصورية فيكون الحكم حجة على هذا المشتري إذ قد ادخل خصماً في الدعوى (١).

٢١٩ - المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة : رأينا (٢) أن المادة ٩٤٣

مدني تنص على أن «ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار» . فالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هي إذن المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك لأن دعوى الشفعة هي دعوى عينية إذ يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة . وقد نصت المادة ٩٤٣ مدني المشار إليها صراحة على اختصاص محكمة العقار ، فقد كان هناك رأي يذهب إلى أن دعوى الشفعة هي دعوى شخصية فتكون من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه ، فأراد المشرع أن يحسم الخلاف في هذه المسألة بأن ينص صراحة على اختصاص محكمة العقار ليدل على أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية (٣).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الشفيع قد أغفل توجيه الدعوى إلى أحد المشتريين على الشيوع محتجاً بصورية عقده ، وكان الحكم قد أغفل دفع المشتري الآخر بوجوب توجيه هذا الطعن إلى شريكه غير المختص في دعوى الشفعة ، وأقام قضاءه على أن إدخال هذا المشتري في عقد الشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتيال لمنع الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحكم يكون باطلاً إذ كان يتعين عن المحكمة لكي يستقيم قضاؤها وقف الفصل في دعوى الشفعة حتى يصدر الشفيع حكماً نهائياً في مواجهة جميع أطراف الخصومة ، ومن بينهم المشتري الذي لم يختص فيها ، بصورية عقد هذا الأخير (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ٢٨ ص ٢٤٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ . رقم ٢٠٢ ص ٥٥٥-١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ٢ ص ١٣٥-٨٤٤-محمد علي عرفة ٢٠٣ فقرة ٣٠٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٣) وقد جرت مناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ وقت نظر مشروع القانون المدني أمامها ، إذ اعترض أحد أعضاء اللجنة على ورود اختصاص محكمة العقار في النص ، فقد رأى في ذلك «إقحام بعض قواعد المرافعات» . فأجيب على هذا الاعتراض «بأنه حيث ينشئ القانون حقاً . فهو وإجراءاته من صميم القانون المنشئ لهذا الحق» . وأضيف إلى ذلك «أنه يحسن دعماً للشبهة في هل دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الوارد في المادة» . فأعلن العضو المعترض عند ذلك أنه «ينزل عن اعتراضه لهذه الحجة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩) .

هذا من حيث الاختصاص المحلي . أما من حيث الاختصاص النوعي ،
 فالمحكمة العقار المختصة هي المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً لمقدار الثمن الوارد
 ذكره في عقد البيع . فإذا كان هذا المقدار يزيد على مائتين وخمسين جنياً ،
 فالمحكمة الكلية هي المختصة ، ويكون حكمها دائماً قابلاً للاستئناف ، ويكون
 الحكم الصادر في الاستئناف قابلاً للنقض . وإذا كان مقدار الثمن المذكور في
 عقد البيع لا يتجاوز مائتين وخمسين جنياً ، فالمحكمة الجزئية هي المختصة ، ويكون
 حكمها انتهائياً إذا لم يتجاوز مقدار الثمن خمسين جنياً ، فإن تجاوز هذا المبلغ كان
 الحكم قابلاً للاستئناف ولكن الحكم الصادر في الاستئناف لا يكون قابلاً
 للنقض (١) . والعبرة فيما قدمناه هي : كما أسلفنا ، بالثمن المذكور في العقد .
 فإذا كان هذا الثمن ٣٠٠ جنياً مثلاً ، وكان الشفيع يعتقد أن الثمن الحقيقي هو
 ٢٥٠ جنياً فقط ، وجب عليه مع ذلك أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ،
 وهذه المحكمة هي التي تفصل في مقدار الثمن الحقيقي (٢) . وقد يكون الأمر على
 العكس من ذلك ، فيكون الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف
 مثلاً من رسوم التسجيل . فإذا ذكر في العقد أن الثمن ٢٥٠ جنياً مثلاً ، وجب
 على الشفيع أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية . فإذا أثبت المشتري أو البائع ،
 وفقاً للرأي الذي نقول به ونأخذ بعكسه محكمة النقض وفريق من الفقهاء (٣) ،
 أن الثمن الحقيقي هو ٣٥٠ جنياً مثلاً ، قضت المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها ،
 وأمرت بأحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة الكلية المختصة ، وجاز لها أن تحكم
 بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات تمنح كلها أو بعضها للشفيع مع عدم الإخلال
 بحقه في طلب التضمينات ، وتلتزم المحكمة الكلية المحال إليها الدعوى بنظرها (٤) .
 وإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ، فإنه مع ذلك
 يقطع مدة الثلاثين يوماً المقررة لسقوط حق الشفعة بانقضائها . فإذا قضت
 المحكمة التي رفعت إليها الدعوى بعدم اختصاصها بنظرها ، فالشفيع بعد صدور

(١) أنظر في ذلك م ٤٥ مرافعات .

(٢) عابدين ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ رقم ٦٤ ص ١٨٧ - محمد كامل مرسو

٣ فقرة ٤٥٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٤) أنظر المادة ١٣٥ مرافعات المدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

هذا الحكم مدة ثلاثين يوماً جديدة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة. وقد كان هذا هو ما جرى عليه القضاء في عهد التقنين المدني السابق (١)، فأولى أن يكون هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني الجديد وقد تضمن نصاً صريحاً كان التقنين المدني السابق خالياً منه، هو المادة ٣٨٣ مدني وتنص على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة . . . » ، ويقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط . وتسرى مدة الثلاثين يوماً الجديدة من وقت صدور حكم المحكمة بعدم الاختصاص (لا من وقت إعلان هذا الحكم) ، إلا إذا استأنف الشفع الحكم بعدم الاختصاص في خلال المدة المحددة للاستئناف، فيتولد بهذا الاستئناف سبب جديد للانقطاع . ويظل الانقطاع قائماً حتى بعد صدور الحكم في الاستئناف ، فإذا كان مؤيداً لعدم الاختصاص ، وجب على الشفع عندئذ أن يرفع دعوى الشفعة من جديد أمام المحكمة المختصة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الحكم النهائي (٢) .

(١) استئناف وطني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال د رقم ٨٧ ص ١٢٢ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة رقم ٤٥ ص ١٤٢ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية رقم ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٢٢٧ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة فقرة ٣٠٧ ص ٥١٨ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت دعوى الشفعة في خلال الثلاثين يوماً أمام محكمة كانت مختصة في الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء ما أخرج الدعوى عن اختصاصها (دخول خصم جديد في الدعوى قال إنه اشترى العقار من المشتري الأول بشئ يتجاوز نصاب القاضي الجزئي) ، كان للشفع تجديدها أمام المحكمة المختصة ، ولا يقبل من المنشوع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد انقضاء الثلاثين يوماً (استئناف مصر ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٤٢ ص ١٤٠) .

(٢) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٧ ص ١٤١ - استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

وهناك رأى يذهب إلى أن ميعاد الثلاثين يوماً الجديدة يسرى ، لأمز وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص ، بل من وقت انقضاء ميعاد استئناف هذا الحكم وصيرورته بذلك نهائياً . فينبى الانقطاع مستمراً طول المدة التي يحوز فيها استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، ولا حاجة لرفع الاستئناف فعلاً . فلو إحدى القضايا قضت المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، فسرى ميعاد ١٥ يوماً لاستئناف هذا الحكم ، ولكن الشفع لم يستأنف . =

٢٢٠ - رفع الدعوى وقيدتها في الميعاد القانوني : تقول المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (١) ، « ترفع دعوى الشفعة . . . وتفيد بالحدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها . . . » . ونرى من ذلك أن هناك ميعاداً معيناً لرفع دعوى الشفعة وقيدتها ، وهو ثلاثون يوماً من إعلان الشفع لـ لكل من البائع والمشتري رغبته في الأخذ بالشفعة (٢) . وبحسن أن نستعرض تطور هذه المسألة ، التي تعتبر من أهم مسائل الشفعة ، منذ قانون الشفعة السابق .

فقد كانت المادة ١٥ من قانون الشفعة السابق تنص على أن « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة عشرة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) ، وإلا سقط الحق فيها » (٣) . فكان هذا النص يقضي برفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ

== فقضت محكمة استئناف مصر بأن الانقطاع الأول بقو استمرار خمسة عشر يوماً بعد صدور الحكم بعدم الاختصاص إلى أن أصبح هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه حتى انقضت هذه المدة ، ويكون للشفيع من وقت انقضائه خمسة عشر يوماً ، أي من يوم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، ثلاثون يوماً جديدة لرفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة . فإذا كان الشفع قد رفع هذه الدعوى أمام المحكمة الكلية المختصة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، فإنه يكون قد رفع الدعوى في الميعاد القانوني (استئناف مصر ٣١ مارح سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد يكتفى المشتري بتسجيل عقد البيع دون أن ينذر الشفع بوقوع هذا البيع ، فيجب في هذه الحالة أن يعلن الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال أربعة أشهر من وقت التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦) . وقد يستثنى في هذه الحالة عن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة مباشرة (أنظر آنفاً ص ٦٢٢) ، فيجب عليه عندئذ إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وقيدتها في خلال الأربعة الأشهر التالية لوقت التسجيل .

(٣) أما في التقنين المدني السابق ، فلم يكن هناك ميعاد محدد لرفع دعوى الشفعة ، ولكن القضاء كان يتطلب رفع الدعوى في أقرب وقت ممكن حتى لا يظل المشتري مهدداً بنزع ملكية العقار الذي اشتراه مدة طويلة (استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٧ ص ٥١ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - وأنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٢٨) .

بالشفعة ، ولم يكن هناك ميعاد لقيد الدعوى بعد رفعها (١) . فكان الشفيع يستطيع . إذا أراد المضاربة واستغلال حقه في طلب الشفعة . أن يعلن صحيفة دعوى الشفعة لكل من البائع والمشتري في ميعاد الثلاثين يوماً بعد أن يؤدي ربيع رسم الدعوى ، ثم يقف عند ذلك . فهو لم يكن ملزماً ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ووفقاً للرأى الذى كان سائداً وقت ذاك ، بعرض الثمن عرضاً حقيقياً ولا بإبداعه خزانة المحكمة . بل كان يكفيه العرض البسيط . ثم إنه لم يكن ملزماً . تطبيقاً لأحكام تقنين المرافعات السابق . بقيد الدعوى وتأدية ثلاثة أرباع الرسم الباقية في ميعاد معين . فكان يقتصر على إعلان صحيفة الدعوى في الميعاد القانونى بعد رفع ربيع الرسم فقط ، ثم يترهبس مرقباً وقد شهر هذا السيف في وجه المشتري . فلا هو يعضى في إجراءات دعوى الشفعة ، ولا هو يتزل عنها ، ويبقى هذا السيف معلقاً ، ويبقى هو منتظراً حتى يسعى إليه المشتري يساومه على التزول عن دعوى الشفعة . وكل ذلك لم يكلفه إلا دفع ربيع الرسم .

فأراد التقنين المدنى الجديد علاج هذا الوضع . فأوجب على الشفيع أولاً ، كما رأينا . أن يودع خزانة المحكمة كل اثنى الحقيقى الذى حصل به البيع ، ثم أوجب عليه ثانياً أن يرفع دعوى الشفعة ، وأوجب عليه ثالثاً أن يقيد الدعوى (٢) .

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٢٧٣ - ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١١١ - ٦ يناير سنة ١٩٣٨ الحزمة ١٩ رقم ١٥٩ ص ٣٦٨ - وانظر عكس ذلك وأنه كان يجب قيد الدعوى في ميعاد الثلاثين يوماً استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحزمة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف مخطط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ - ١٨ ص ١٩٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٢ ص ٤٤٤ - ولكن رفع الدعوى كان يعنى على كل حال إعلان صحيفة الخصم . ولم يكن يكو في عهد تقنين المرافعات السابق تقديم الصحيفة إذ قدم المحضرين لإعلانها (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ١٢٥ رقم ١١٤) .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٤ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ .

(٣) فإبداع الحق قد استحدثه تقنين المدنى الجديد ، للتدليل على جدية دعوى الشفعة والسئبها عن مجال المضاربة والاستغلال . وكظهر من مظاهر تقييد دعوى الشفعة ، كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٢١٠) . وكذلك وجوب قيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً استحدثه

وكل هذا يجب عليه أن يقوم به في خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة (١). ولما كانت هذه الأعمال الثلاثة - إيداع الثمن ثم رفع الدعوى ثم قيدها - قد رتبها القانون بحيث يلي بعضها بعضاً ، فإيداع الثمن يجب أن يتم قبل رفع الدعوى بحسب أحكام التقنين المدني الجديد في الشفعة ، ورفع الدعوى يجب أن يتم قبل قيدها بحسب أحكام تقنين المرافعات الجديد في إجراءات

التقنين المدني الجديد ، حتى لا يتباطأ الشفع في الإجراءات دون مبرر ، وحتى لا يسبق الدعوى مطلقاً بقصد ابتزاز المشتري واستغلاله . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « . . . مع ملاحظة أن رفع دعوى الشفعة لا يكتفى وحده ، بل يجب أيضاً قيد الدعوى في الجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . حتى لا يتباطأ الشفع في الإجراءات دون مبرر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٧) . والمبررة في سريان التقنين المدني الجديد فيما استحدثته بوقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإذا تم هذا الإعلان قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ، أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن قانون الشفعة السابق هو الذى يسرى ، ومن ثم لا يكون على الشفع إلا رفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يلتزم بإيداع الثمن ويكتفى بالعرض البسيط ، كما لا يلتزم بقيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً . أما إذا لم يسبق إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين المدني الجديد هو الذى يسرى ، ويجب على الشفع أن يودع الثمن ويرفع الدعوى ويقيدها في ميعاد الثلاثين يوماً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لما كان القانون المدني الجديد قد وضع نظاماً مستحدثاً لإجراءات الشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ ، وكانت إجراءات هذا التنظيم ومواعيده مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق ، إذ ينص القانون على إتباعها وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة ، وكانت تبدأ جميعاً من جانب الشفع من تاريخ إعلان الرغبة ، فإن مقتضى هذا الوضع أن نصوص القانون الجديد إنما تسرى على طلب الشفعة الذى تبدأ إجراءاته بإعلان الرغبة فيها بعد العمل به لا الطلب السابق عليه الذى حصل على هدى قانون الشفعة القديم . . . وليس يسوغ مزج أحكام القانونين وإعمال بعض نصوص القانون الجديد مع بعض نصوص القانون القديم ، لأن ذلك فضلاً عن أنه يؤدي إلى نتائج غير مستساغة بل ومخالفة لنصوص القانونين القديم والجديد ، فإنه لا يتفق مع قواعد التطبيق الصحيحة . (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) . وانظر نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ .

(١) فإذا لم يتم إعلان الخصوم بالدعوى في خلال هذه المدة سقط حق الشفع حتى لو كان عدم إتمام الإعلان بسبب تواطؤ المشتري والبائع لإخفاء موطن هذا الأخير ، مادام هذا التواطؤ ، على فرض حصوله ، لم يكن من شأنه أن يحول دون اتخاذ الشفع الإجراءات القانونى الذى يؤدي إلى إتمام الإعلان في خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٥٦ ص ٩٩٧) .

التقاضى ، فعلى الشفيع إذن أن يقوم بكل هذه الأعمال الثلاثة ، وعلى هذا الترتيب ، فى ميعاد الثلاثين يوما . ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أن ينتفع بهذا الميعاد إلى آخر يوم فيه إلا فى العمل الأخير من هذه الأعمال الثلاثة وهو قيد الدعوى . فهو إذا قيد الدعوى فى نهاية الثلاثين يوما ودفع الرسم كاملا ، فلا بد له من أن يرفعها قبل ذلك أى قبل نهاية الثلاثين يوما . ثم إذا هو رفع الدعوى قبل نهاية الثلاثين يوما ببضعة أيام ، فلا بد له من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى ببضعة أيام أخرى ، فالتقنين المدنى الجديد إذا كان قد أقفل الباب فى وجه المساومات واستغلال حق الشفعة بوضعه هذه القيود الثقيلة فى استعمال هذا الحق ، فإنه قد تضافر مع تقنين المرافعات فى جعل ميعاد الثلاثين يوما ميعادا صوريا بالنسبة إلى كل من إيداع الثمن ورفع الدعوى ، إذ لا بد للشفيع من أن يقوم بكل من هذين العملين دون أن ينتفع بهذا الميعاد كاملا . ولم يكن ميعاد الثلاثين يوما ميعادا حقيقيا ، إلا بالنسبة إلى قيد الدعوى . وكان الأولى إذن أن يضع القانون لكل عمل من هذه الأعمال الثلاثة ميعادا خاصا به ، لا أن يجمعها كلها فى ميعاد واحد . فكان يستطيع مثلا أن يوجب على الشفيع إيداع كل الثمن فى العشرين يوما التالية لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ثم رفع الدعوى فى عشرة الأيام التالية لإيداع الثمن ، ثم قيد الدعوى فى ميعاد قصير يحدده بعد رفع الدعوى وليكن خمسة أيام أخرى .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، الذى غدل كثيرا من نصوص تقنين المرافعات ، قد حور من هذا الوضع قليلا . فقد عدل المادة ٧٥ من تقنين المرافعات الجديد ، فى كيفية رفع الدعوى ، على الوجه الآتى : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة ، وقت تقديم صحيفة دعواه ، صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب - ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها - وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها .

فأصبح قيد الدعوى ، بموجب هذا النص ، سابقا على رفعها ، بعد أن كان
 تابيا لرفع الدعوى بموجب أحكام تقنين المرافعات قبل تعديله بالقانون رقم
 ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (١) . وأصبح ميعاد السقوط ، وهو الثلاثون يوما ، كافيا
 لقطعه بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا . وبالجمع
 بين أحكام التقنين المدنى فى الشفعة وهذه الأحكام الجديدة فى تقنين المرافعات ،
 أصبح الأمر يجرى على الوجه الآتى : يعد الشفيع صحيفة دعوى الشفعة والصور
 المطلوبة منها ، ويقدمها إلى قلم كتاب المحكمة . فيقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى
 فى اليوم نفسه فى السجل الخاص بذلك بعد أن يستوفى الرسم كاملا ، وبهذا
 يتم قيد الدعوى ، ويصبح العمل الأخير من الأعمال الثلاثة التى يجب على
 الشفيع القيام بها فى ميعاد الثلاثين يوما هو العمل الأول . ثم يودع الشفيع الثمن
 خزانة المحكمة ، وبهذا يتم الإيداع وهو العمل الثانى . ثم يتسلم الشفيع من قلم
 كتاب المحكمة أصل صحيفة الدعوى وصورها ويقدمها إلى قلم المحضرين ،
 وبمجرد تقديمها إلى قلم المحضرين يكون قد قطع مدة الثلاثين يوما فينقطع سريان
 هذه المدة . وعلى ذلك يكفيه أن يقوم ، فى خلال الثلاثين يوما ، بقيد الدعوى
 وإيداع الثمن وتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين ، فيطمئن
 بذلك إلى أنه قد قام بالقيد والإيداع ورفع الدعوى فى الميعاد القانونى . ويستطيع ،

(١) أما نصوص تقنين المرافعات المتعلقة برفع الدعوى وقيدها ، قبل تعديلها بالقانون
 رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فكانت تجرى على الوجه الآتى :

م ٦٩ مرافعات : ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى
 عليه على يد أحد المحضرين ، مالم يقض القانون بغير ذلك .

م ٧٥ مرافعات : على المدعى ، بعد تسلمه أصل الصحيفة المملنة ، أن يقدمه لقلم الكتاب
 لقيد الدعوى بجدول المحكمة فى اليرم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر . والمدعى
 عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة المملنة له ، إذا لم يقيد المدعى .
 وتفيد الدعوى التى يكون فيها التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة فى الجلسة نفسها .

م ٧٦ مرافعات : يجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى فى يوم الجلسة نفسه ،
 إذا وجد لذلك مقتضيا .

م ٧٧ مرافعات : إذا سبق دفع الرسم بأكمله قبل إعلان صحيفة الدعوى ، وجب على قلم
 المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء القيد من تلقاء نفسه .

م ٧٨ مرافعات : إذا لم تقيد الدعوى فى اليوم المعين للجلسة ، جاز للمدعى أو المدعى
 عليه تحديد جلسة أخرى وإعلان خصمه بها . وإذا لم تقيد الدعوى خلال ستة من تاريخ الجلسة
 الأولى التى سبق تحديدها ، اعتبرت الدعوى كأن لم تكن .

في شيء من الجهد ، أن يقوم بهذه الأعمال الثلاثة في يوم واحد^(١) . فينتقم عيصاد الثلاثين يوماً كاملاً لكل منها ، إذا كان هذا اليوم هو اليوم الأخير من الميعاد^(٢) . ثم يقوم قلم المحضرين ، بعد أن يتسلم من الشفيع صحيفة الدعوى وصورها ، بإعلان الصحيفة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمها أو قبل اليوم المحدد للجلسة إذا حدد قبل ذلك (م ٧٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) . ولكن مدة الإعلان هذه لا تحسب على الشفيع ضمن ميعاد الثلاثين يوماً ، إذ أن هذا الميعاد يكون قد انقطع بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين كما سبق القول .

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة في موطن كل من المشتري والبائع أى في المحل الذي يقيم فيه^(٣) ، على الوجه الذي يبينه في إعلان الرغبة في الأخذ بالأخذ بالشفعة^(٤) . وبحسب ميعاد الثلاثين يوماً الواجب في خلالها قيد الدعوى

(١) ولا يشترط أن يكون هناك فاصل بين هذه الأعمال الثلاثة ، ولو يوم واحد . وقد قضت محكمة النقض ، قبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بأن نص المادة ٢/٩٤٢ مدني تضمن شرطين ، أولهما أن يودع الشفيع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة ، والثاني أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى . وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة ، ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى . فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ، ولا يتفق مع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ .

(٣) وإذا ترك المشتري محل إقامته المين في عقد البيع ، ولم يبين محل إقامته الجديد ، أعلنه الشفيع بدعوى الشفعة في النيابة . وإلا سقط حق الشفيع إذا ترك الميعاد ينقضي دون إعلانه على هذا الوجه (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ - وقبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كان يجب إعلان

صحيته الدعوى إلى كل من البائع والمشتري في خلال الثلاثين يوماً ، فإذا وصل الإعلان إلى أحدهما في الميعاد القانوني ووصل إلى الآخر بعد هذا الميعاد ، سقط حق الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا تعتبر دعوى الشفعة قائمة إلا من تاريخ إعلان البائع والمشتري فيها ، وإذن متى كان المشتري قد أعلن بالدعوى في تاريخ لاحق لإعلان البائع ، فإن الدعوى لا تكون قد رفعت إلا من وقت إعلان المشتري (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢١ ص ١٦٧) .

ورفعها من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . فإذا أعلننا فى يومين مختلفين فالعبرة باليوم المتأخر منهما على النحو الذى بيناه فى حساب الميعاد بالنسبة إلى إيداع الثمن (١) . وبحسب اليوم الأخير . فيجب على الشفيع أن يقدم إلى قلم المحضرين أصل صحيفة الدعوى وصورها . بعد أن يقيد قلم الكتاب الدعوى على الوجه الذى قدمناه ، فى ميعاد نهايته اليوم الثلاثون من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . ولم ينص القانون هنا ، كما نص فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . على إضافة ميعاد للمسافة إذا اقتضى الأمر ذلك . وبعد تعديل نصوص تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بما جعل الأمر بالنسبة إلى الشفيع ينتهى بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين فتقطع مدة الثلاثين يوماً عند ذلك . لم يعد الشفيع فى حاجة إلى إضافة ميعاد للمسافة . إذ اصحت العبرة بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين ، لا بإعلانها فعلاً إلى البائع والمشتري حتى يكون هناك محل لإضافة ميعاد للمسافة . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . حيث كان يجب أن يتم إعلان البائع والمشتري فعلاً فى خلال الثلاثين يوماً . فالظاهر أنه كان يجب إضافة ميعاد للمسافة بالرغم من عدم النص على هذا الميعاد كما نص عليه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، وذلك أنه يوجد نص عام فى تقنين المرافعات على مواعيد المسافة ورد فى المادتين ٢١ و ٢٢ من هذا التقنين ، فيكتفى بهذا النص العام لإضافة ميعاد للمسافة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك (٢) . وإذا وقع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ - وانظر نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٠ ص ٤٩٠ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - وإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة أولاً بكتاب موصى عليه ، ثم صحح الشكل فأعلن رغبته بورقة رسمية على يد محضر فى الميعاد القانونى ، فالعبرة فى حساب الثلاثين يوماً أن تبدأ هذه المدة من تاريخ الإعلان على يد محضر لا من تاريخ الكتاب الموصى عليه (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٦ - ص ٥١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ - منصور ، مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ - وانظر عكس ذلك وأن المشرع قد قصد عدم إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً ونص صراحة على إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الخمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمى بوقوع البيع ، لأن =

اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوماً في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلي انتهاء العطلة . على الوجه الذي بيناه في ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (١) ، وميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط (٢) ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير كامل الأهلية ، ولا يقبل الوقف كما لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين على الوجه الذي سبق بيانه .

وغنى عن البيان أن الشفع إنما يتم برفع دعوى الشفعة وقيدها في الميعاد القانوني على الوجه الذي بسطناه ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدني فيما قدمناه (٣) : فإن هذا النص يقول كما رأينا : « وإلا سقط الحق فيها » (٤) . ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق

الشفع يكون قد فوجئ بالملم بالبيع في الحالة الأخيرة ولامفاجأة في الحالة الأولى : طنطا الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٠ ص ٨١٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ - عكس ذلك أيضاً في عهد قانون الشفعة السابق : أنيوط استئناف ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٥ ص ٢٨٤ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦ - وانظر نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٧ - ص ٥١٨ - وانظر عكس ذلك وأن الميعاد لا يمتد حتى لو كانت نهايته يوم عطلة رسمية استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٥ ص ٧٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٩ (٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) ولا يعتبر تعديل الطلبات في دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد ، إذا كانت الطلبات الأصلية لم توجد لبساً عند المشتري في حقيقة المقار المطلوب أخذه بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع الشفع دعواه بطلب الشفعة في الأطنان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ في البيانات التي أوردتها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطنان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه فمدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادية الأمر بطلب الشفعة في هذه الأطنان ، فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لا بس البيانات التي أوردتها الشفع في صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ماتلاق عنه قصد الشفع من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون مميماً إذا قضى بسقوط حق الشفع في الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى ، وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع (نقض مدني ٢٦ هـ سبتمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١١ ص ٩٧٩) .

الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة ولو أمام محكمة النقض ، وللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق عن التمسك به (١) ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الجزاء المترتب على عدم إبداء الثمن في الميعاد القانوني (٢).

٢٢١ - الحكم في الدعوى على وجه السرعة : جاء في آخر المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (٣) ، في خصوص دعوى الشفعة : « ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (٤) . وكان تقنين المرافعات الجديد يشتمل على أحكام خاصة بالدعوى التي يحكم فيها « على وجه السرعة » ، وقد حورت هذه الأحكام لما عدل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

فقبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، كانت أهم الأحكام الخاصة بالدعوى التي يحكم فيها على وجه السرعة ، ومنها دعوى الشفعة ، هي ما يأتي : (١) ما نصت عليه المادة ١١٨ مرافعات من أن كل الدعوى التي ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة « تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير » ، ويتعين على المدعي فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعي عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعة نفسها . وفي جميع الأحوال تعطى المحكمة

(١) أسيوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٢٦٩ - محمد كامل

مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٤٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يل المادة ٩٤٣ مدني هو المادة ١٣٩٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : ١٥ - لتقيل المعارضة في الأحكام الغيائية الصادرة في الشفعة . ٢ - وميعاد استئنافها خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانها . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل على الفقرة الثانية فأصبحت : « وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت المادة « لأنها من صميم المرافعات » ، ومشروع قانون المرافعات قد تضمن الحكم بعدم قبول المعارضة في الأحكام الغيائية مادامت الدعوى تنظر على وجه السرعة ، وجعل ميعاد استئنافها عشرة أيام . ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧ في الهامش) .

الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم حددت المحكمة المواعيد التي يجب أن يتم فيها ذلك . (٢) ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مرافعات من أنه « لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ولا في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة » . (٣) ما نصت عليه المادة ٤٠٢ مرافعات من أنه « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك : يكون ميعاد الاستئناف ... ويكون الميعاد عشرة أيام في المواد المستعجلة والمواد التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم » . وقد نصت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على أن « تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ويكون الإعلان لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي » . ويتلخص كل ذلك في أن النتائج التي كانت تترتب على نظر دعوى الشفعة « على وجه السرعة » هي أن الدعوى لم تكن تعرض على قاضي التحضير ، ولم يكن الحكم فيها قابلا للمعارضة ، وميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى عشرة أيام تبدأ من تاريخ إعلان الحكم لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي ، وذلك سواء كان الحكم صادرا من محكمة جزئية أو من محكمة كلية (١) .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فأزال التفرقة ما بين الدعاوى العادية والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة (٢) ، على الوجه الآتي :

(١) ألغى نظام تحضير القضايا بإلغاء المواد من ١١٠ إلى ١١٧ مكررة مرافعات ، فأصبحت الدعاوى العادية كاللداوى التي تنظر على وجه السرعة لا تمر بالتحضير . ولكن لم تلغ المادة ١١٨ مرافعات ، فبقيت دعوى الشفعة ، باعتبارها

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٠ - فقرة ٤٦١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ ص ٤٩٠ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، في صد التعديلات الجوهرية التي أدخلها هذا القانون على نصوص تقنين المرافعات ، ما يأتي : « ومن ذلك سريان ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، وإلغاء المعارضة في الأحكام النائية كأصل عام ، وإلغاء الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة » .

من الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة ، يتعين على الشفيع فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعات نفسها . (٢) ألغيت المعارضة في الأحكام ، إذ عدلت المادة ٣٨٥ مرافعات على الوجه الآتي : « لا تجوز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون » ، وذلك بعد أن عدلت المادة ٩٥ مرافعات على الوجه الآتي : « إذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور في الجلسة الأولى ، وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ، ويعتبر الحكم في الدعوى بمثابة حكم حضوري في حق المدعى عليهم جميعاً . وعلى ذلك تساوت الدعاوى العادية والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة ، من حيث عدم جواز المعارضة في الأحكام الصادرة في جميع الدعاوى . (٣) أصبح ميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى التي تنظر على وجه السرعة هو نفس ميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى العادية ، إذ عدلت المادة ٤٠٢ مرافعات على الوجه الآتي : « ميعاد الاستئناف ستون يوماً ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً في المواد المستعجلة ، أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم » . وفي مقابل إطالة ميعاد الاستئناف ، جعل هذا الميعاد يسرى من تاريخ صدور الحكم لا من تاريخ إعلانه ، إذ عدلت المادة ٣٧٩ / ١ مرافعات على الوجه الآتي : « يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . وعلى ذلك يكون ميعاد استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة هو ستون يوماً من وقت صدور الحكم (١) .

ومجمل القول أن دعوى الشفعة ، بعد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، أصبحت كغيرها من الدعاوى : لا تمر على قاضي التحضير ، ولا تجوز

(١) ويسرى هذا الميعاد الجديد على الأحكام الصادرة في دعاوى الشفعة منذ صيرورة القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ نافذاً ، ولو رفعت دعوى الشفعة قبل نفاذ هذا القانون ، إذ العبرة في حق الاستئناف ومواعيده بالقانون المعمول به عند صدور الحكم ، لا بالقانون الذي كان معمولاً به وقت رفع الدعوى (استئناف وطني ١٦ مارس سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ٤١ ص ٨٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٥ ص ٦٢ - ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٢ ص ٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٣ ص ١٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٤ رقم ١٥ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٥) .

المعارضة في الحكم الصادر فيها ، وميعاد استئناف الحكم فيها مستون يوما من تاريخ صدوره . وانحصرت الفائدة من كون دعوى الشفعة تنظر على وجه السرعة ، في سرعة تقديم المستندات ، وفي توصية عامة للمحكمة في أن تراعى السرعة في الفصل في الدعوى فلا تكثر من التأجيل وتقتصر مواعيد التأجيلات إذا اقتضاها الأمر (١) .

٢٢٢ - الخصوم في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي

الطعن فيه بالنقض : رأينا فيما تقدم (٢) أن الخصوم في دعوى الشفعة هم الشفع من جانب وكل من المشتري والبائع من جانب آخر . فلا بد إذن أن يدخل الشفع في الخصومة كلا من المشتري والبائع ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وكما أن هؤلاء هم الخصوم في محكمة أول درجة ، فانهم يبقون كذلك أمام المحكمة الاستئنافية إذا استؤنف الحكم الصادر في دعوى الشفعة ، وأمام محكمة النقض إذا طعن في الحكم بالنقض .

فكما يتعلق بالاستئناف ، أيا كان الخصم المستأنف ، الشفع إذا خسر الدعوى والمشتري أو البائع إذا كسب الشفع الدعوى وقضى له بالشفعة ، يجب على المستأنف ادخال الخصمين الآخرين في الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية في الميعاد القانوني (٣) . فإذا كان الشفع هو المستأنف وجب عليه

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ - منصور ، مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٨ .

(٣) ولا يجوز أن تقدم في الاستئناف طلبات جديدة (م ٤١١ مرافعات) ، وقد قضى بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة أول درجة الشفعة في جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، ثم طلب كل العقار في المحكمة الاستئنافية ، عد هذا طلباً جديداً فيما زاد على الجزء المطلوب في محكمة أول درجة (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ - استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٤) . ويكون للشفع ، إذا صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة أول درجة ، بل ويزيد عليها أسانيد جديدة دون أن يطالب برفع استئناف فرعي . أما إذا لم يقض له بكل الطلبات ، فإنه يجب عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً فيما لم يقض له به . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف ، وإعادة طرحه مع أسانيد القانونية وأدلة الواقعية . ولذلك يكون المستأنف عليه الذي صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، دون أن يكون مطالباً بأن يرفع -

إدخال كل من البائع والمشتري ، وإذا كان المشتري أو البائع هو المستأنف وجب عليه ادخال الشفيع والحصم الآخر (البائع أو المشتري) . والواجب ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، إدخال كل من الحصمين الآخرين وإعلانهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، وإلا كان الاستئناف باطلا (١) . وقد كانت

استئنافاً فرعياً . وذلك إذا كان قد حكم له بطلباته كلها ، إذ في هذه الحالة تكون مصلحته في رفع الاستئناف منعدمة . أما إذا كان لم يحكم له إلا ببعض الطلبات ، فيكون هناك محل للاستئناف للمطالبة بما لم يحكم له به . ويجب في هذا المقام أن يكون المحكوم برفضه طلباً بالمعنى الصحيح في القانون (chef de demande) . فإذا كان المدعى قد أقام دعواه بالشفعة على أنه مالك بالشيوع ، وأن أطيانه تجاوز المقار المشفوع فيه من جهتين ، وأن له عليه حق ارتفاق ، فندبت المحكمة الابتدائية خيراً في الدعوى لتحقيق هذه الأسباب ، ثم قضت للشفيع بطلباته استناداً على ماظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار بين الحدين ، وعند ما استأنف المشتري هذا الحكم أصر الشفيع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسببي الشفعة الآخرين وطلب تأييد الحكم المستأنف ، فن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف إن الشفيع بعدم استئنافه الحكم فيما يتعلق بذينك السبين يكون قد انتهى إلى التمسك بسبب الجوار فقط ، وتلفت بناء على ذلك عن السبين الآخرين الذين أصر عليهما أمامها (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٨ ص ١٧) :- (١) وقد قضى بأنه إذا أهمل الشفيع إعلان البائع في ميعاد الاستئناف لم يقبل استئنافه . إلا إذا كان البائع قد انضم إلى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١) . أما إذا كان البائع لم يحضر أمام محكمة أول درجة ، فانه يعتبر معارضاً لدعوى الشفعة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٢) . وعدم إدخال البائع في الاستئناف يحمل الاستئناف غير مقبول ، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف إذا كان حضوره بعد فوات ميعاد الاستئناف ، إذ أن المشتري يكون قد كسب حق دفع الاستئناف بأنه غير مقبول شكلاً ، ومع ذلك يكون حضور البائع من تلقاء نفسه أمام الاستئناف بعد الميعاد مقبولا إذا كان قد انضم إلى الشفيع أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٢) . وإذا كان الاستئناف لا يتناول حق الشفعة ذاته . كأن يتناول المبلغ الذي يجب على الشفيع دفعه كالحق للثمن ، فان إدخال البائع في الاستئناف غير واجب . فإذا أراد المشتري المجادلة في حق الشفعة ذاته ، فان عليه أن يدخل البائع في الدعوى ، وإلا كان استئناف المشتري الفرعي غير مقبول (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المشتري ، فانه يكون مقبولا ولولم يعلن البائع ، لأن شرط إعلان البائع لا يستلزمه القانون إلا بالنسبة إلى الشفيع (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٨) . ومصرفات إدخال البائع في الدعوى تكون على الشفيع أو المشتري ، أيهما خسر الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨) .

وانظر في كل ذلك محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٢ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ .

محكمة استئناف مصر قد قضت بأن وجوب رفع الدعوى في ميعاد معين على البائع والمشتري معاً مقصور حكمه على دعوى الشفعة عند رفعها ، أما بعد رفع الدعوى وصدور حكم فيها فإن رفع استئناف عن هذا الحكم لا يخضع لهذه القاعدة الخاصة وإنما يخضع للقواعد العامة المقررة في باب الاستئناف . لذلك وجب ألا يعاب على الشفيع المستأنف للحكم الصادر في دعوى الشفعة ، وهي دعوى غير قابلة للتجزئة ، أن يكون قد فاته أن يعلن البائع في الميعاد القانوني إذا كان قد أعلن المشتري في الميعاد المذكور . ذلك أن القواعد العامة المقررة في باب الاستئناف في الدعاوى غير القابلة للتجزئة تقضي بأنه إذا رفع الاستئناف في الميعاد بالنسبة إلى واحد من المحكوم لهم ، صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقي إلا بعد الميعاد القانوني (١) . ولكن عندما طعن في هذا الحكم بالنقض ، لم تقر محكمة النقض محكمة الاستئناف على ما ذهبت إليه ، وقضت بأنه إذا أعلن الشفيع المشتري بالاستئناف في الميعاد القانوني ، ولم يعلن البائع إلا بعد هذا الميعاد ، فإن الاستئناف يكون غير مقبول . ذلك أن القانون في دعوى الشفعة قد حتم انتصام أفراد مخصوصين في الميعاد المعين لها ، فيكون واجبا على الشفيع اختصاصهم في الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة ، والحال كذلك في الاستئناف . فطلب الشفعة هو طلب موجه إلى البائع والمشتري في آن واحد ، والحكم في هذا الطلب هو حكم عليهما معاً (٢) . ونرى من ذلك أن

(١) استئناف مصر ٢ فبراير سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٢٣ ص ٦٥ .

(٢) نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ - وقالت محكمة النقض في أسباب حكمها : «وبمن حيث إن المادة ١٥ من قانون الشفعة تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً وإلا سقط الحق فيها . وإذا لوحظ أن القانون المدني لم يكن - قبل صدور قانون الشفعة - يقضي بإدخال البائع في الدعوى ، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشتري فقط ، لزم عن ذلك القول بأن إدخال البائع في دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، أي أنه شرط في صحة استعماله ، بحيث إذا تخلف هذا الشرط سقط حق الشفعة . وحكمة ذلك أن طلب الشفعة هو طلب موجه في الحقيقة إلى البائع والمشتري في آن واحد ، والحكم في هذا الطلب هو حكم عليهما معاً ، لأن الشفيع بموجب المادة ١٣ من قانون الشفعة يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه في جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات . وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشتري ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذي -

محكمة النقض قد قررت في عهد قانون الشفعة السابق وتقنين المرافعات السابق أن يختصم الشفيع في الاستئناف كلا من البائع والمشتري ، وأن يعلن كلا منهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، فاذا أعلن أحدهما في الميعاد القانوني والآخر بعد هذا الميعاد كان استئنافه غير مقبول .

ولكن تقنين المرافعات الجديد استحدث نصا هو المادة ٣٨٤ منه ونجري على الوجه الآتي : « لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ، ولا يحتاج به إلا على من رفع عليه . على أنه إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو

= حل محله . وكما تكون حقوق البائع قبل الشفيع لا قبل المشتري ، يكون كذلك ماعليه من الواجبات باعتباره باتعاً للشفيع لا للمشتري ، فيكون للبائع أن يطالبه بالتأمين ويكون عليه أن يضمن له المبيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ومن حيث إن المادة ١٧ (من قانون الشفعة السابق) نصت على أن ميعاد الاستئناف في دعوى الشفعة خمسة عشر يوماً من يوم إعلان الحكم . ولما كان الاستئناف يعيد الدعوى إلى حالتها الأولى . فإنه يجب عند استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة ، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا ، أن يعلن إلى كل من المشتري والبائع في ميعاد الاستئناف الذي يفتحه أحدهما بإعلان الحكم . فاذا كان الحكم قد أعلن من المشتري ، ولم يعلن الشفيع البائع مع المشتري في الميعاد القانوني ، فلا يقبل استئنافه . ولا وجه للقول بأن ميعاد الاستئناف يقال مفتوحاً بالنسبة إلى البائع . لأنه حتى إذا كان البائع أعلن الشفيع بعد الإعلان الموجه إليه من المشتري فإن ميعاد الاستئناف يبدأ من الإعلان الأول ، إذ أنه في الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل لتجزئة إذا أعلن الحكم كل ذوي الشأن ان الذين كسبوا الدعوى إلى المحكوم عليه ، وكانت إعلاناتهم في تواريخ مختلفة ، فإن ميعاد الاستئناف يبدأ من أول إعلان . على أنه ما دام القانون قد حتم اختصاص أفراد مخصوصين في الدعوى في الميعاد المعين لها ، فإنه يكون واجباً على الشفيع اختصاصهم في الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة . والجال كذلك في الاستئناف . ولا يفسد من ذلك ما تعرض له الحكم المطعون فيه في شأن قاعدة نسبية الآثار المترتبة على إجراءات المرافعات ، فإنه وإن كانت آثار إعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون إلا بالنسبة إلى المعلن والمعلن إليه من الخصوم في الدعوى عند تعدد أحكام لهم أو المحكوم عليهم على السواء ، فيما عدا حالتهم التضامنية وعدم إمكان التجزئة ، فالحال هنا يختلف ما دام القانون - كما سلف - يستوجب اختصاص المشتري والبائع معاً في دعوى الشفعة في الميعاد المعين لها » (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٧ رقم ١٢٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٨ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٩ .

في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقي ولو بعد فواته بالنسبة لهم ولما لم يكن هذا النص موجوداً في تقنين المرافعات السابق الذي قررت في عهده محكمة النقض المبدأ المتقدم الذكر ، فالظاهر أن هذا النص الجديد من شأنه أن يعدل من هذا المبدأ . لا يزال من الواجب دون شك أن يختصم الشفيع في الاستئناف كلا من المشتري والبائع وإلا كان استئنافه غير مقبول . ولكنه إذا أعلن أحدهما بالاستئناف في الميعاد القانوني وأعلن الآخر به بعد فوات هذا الميعاد ، كان استئنافه مقبولا . ذلك أن دعوى الشفعة يصدق عليها وصف أنها غير قابلة للتجزئة ووصف أن القانون يوجب فيها اختصاص أشخاص معينين ، فينطبق عليها الاستثناء الوارد في المادة ٣٨٤ مرافعات سالمة الذكر . ومن ثم ينطبق عليها ما ورد في آخر النص من أنه « إذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقي ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فإذا أعلن الشفيع الاستئناف إلى المشتري مثلاً في الميعاد القانوني ، وجب عليه اختصاص البائع وإعلانه بالاستئناف ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف ، ويكون استئنافه مقبولا بالرغم من أنه أعلن للبائع بعد فوات الميعاد (١) .

(١) وقد أقرت محكمة النقض فعلاً هذا الرأي ، فقضت بأنه متى كان الاستئناف قد رفع بتكليف بالحضور على اعتبار أن الدعوى التي صدر فيها الحكم المتأنف دعوى شفعة يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وقد اختص المتأنف في صحيفة الاستئناف الشفيع المحكوم له ابتدائياً والبائعين ، وقام بإعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد ، فإن إعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد لا يترتب عليه سقوط الحق في الاستئناف ، لا بالنسبة إلى جميع المتأنف عليهم ولا بالنسبة إلى أيهم ، وذلك تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٧٧ ص ٤٧٦) - وانظر محمد علي عركة ٢ فقرة ٣١٠ .

هذا وقد سوى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بين الدعاوى المادية والدعاوى التي ينظر فيها على وجه السرعة من حيث إن الاستئناف في جميع هذه الدعاوى يرفع « بتكليف بالحضور يراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى ، ويجب أن تشمل صحيفته على بيان الحكم المتأنف وأسباب الاستئناف ، وإلا كانت باطلة » (م ١/٤٠٥ مرافعات مدلة بالقانون رقم ١٠٠ -

وفيما يتعلق بالنقض ، لا بد من اختصاص الشفع والمشتري والبائع ، سواء كان الطاعن هو الشفع أو المشتري أو البائع . فإذا كان الشفع هو الطاعن ، فلا بد من أن يوجه الطعن إلى كل من المشتري والبائع ، وأن يعان كلاهما بتقدير الطعن في الميعاد القانوني . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون قد أوجب على الشفع اختصاص المشتري والبائع كليهما معاً في دعوى الشفعة ، وإلا كانت غير مقبولة . وهذا الحكم يسرى على الدعوى في درجتي التقاضي الابتدائية والاستئنافية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له ، فإن اختصاص المشتري والبائع كليهما في الطعن يكون واجباً كذلك . ولا ينفذ من هذا النظر ما جاء بالمذكورة الإيضاحية للقانون الصادر بإنشاء محكمة النقض من أن لرافع النقض الحرية في تعيين الخصوم الذين يراد إدخالهم في الدعوى دون إلزامه بتوجيه الطعن إلى جميع الخصوم في الحكم المطعون فيه ، فإن هذا لا يمكن أن يفيد أنه في دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزماً باختصاص من لا تقبل الدعوى إلا باختصاصه . بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصاص من يجب قانوناً اختصاصه في الدعوى ، يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهمه نقض الحكم في حقه . وعلى ذلك إذا لم تعلن البائعة في دعوى الشفعة بتقرير الطعن . كانت دعوى الطعن بالنقض غير مقبولة . وللنيابة العامة أن تطالب الحكم بعدم

(سنة ١٩٦٢) . وبقيت المادة ٣٨٤ مرافعات كما هي تنطبق على جميع الدعاوى ، بما في ذلك دعوى الشفعة التي تعتبر كما قدمنا دعوى غير قابلة للتجزئة ودعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، ولم يمس القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المادة ٣٨٤ مرافعات المذكورة بأي تعديل .

وإذا قضت محكمة أول درجة بسقوط الحق في الشفعة ، فإن الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم يطرح الدعوى بما احتوته من طلبات ودفعات وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف . فلا يجوز لها ، في حالة إلغاء هذا الحكم ، أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد . ولا يغير من هذا الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق في الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم . وذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به . وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعى في الشفعة ، على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقاً لما يتنقله القانون ، ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلاً عن الغاية من التمسك به والأثر المترتب عليه (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤) .

قبول الطعن ، بسبب عدم صحة اختصاص من لا يصح الطعن إلا باختصاصه (١) .
وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك ، فقضت بأنه متى كان الطعن مرفوعاً
من أحد ورثة البائعة دون باقي الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف ، فإن
الطعن يكون غير مقبول شكلاً (٢) . وقضت كذلك بأن بطلان الطعن بالنسبة
إلى أحد البائعين يترتب عليه حتماً عدم قبوله شكلاً بالنسبة إلى باقي المطعون
عليهم (٣) . وإذا كان الواجب إعلان جميع المطعون عليهم بتقرير الطعن في

(١) نقض مدني ٦ يولييه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٢ ص ١٨٩ - وانظر محمد
كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٧ - محمد علي عريقة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٥ .

(٢) نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ .

(٣) نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٨١ ص ٦٤٠ - وانظر أيضاً :
نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣ (لا بد لقبول دعوى
الشفعة من اختصاص الشفيع والمشتري والبائع ، سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في
النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع .
فإن رفضها أحدهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم صاحبه ، قضت المحكمة ولو من
تلقاها نفسها بعدم قبولها ، إذ لا حكم إلا في دعوى ولا دعوى بغير خصم . ذلك بأن الشفعة في
نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات مابين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ،
فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون
صلته في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة ، كل منهم طرف
حقيق ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة
بعضهم على بعض ، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء
عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك) - ٤ نوفمبر
سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يولييه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص
٧٨٧ (إذا كان اختصاص شخص معين في الطعن بالنقض لازماً لقبوله ، كما هي الحال في دعوى
الشفعة التي يجب قيامها بين أطرافها الثلاثة ، واختصاصه الطاعن في تقرير الطعن ولكنه لم يملكه
إليه إلا بعد فوات الميعاد المعين لذلك ، كان الطعن باطلاً بالنسبة إليه ، وكان إذن غير مقبول
لعدم اختصاصه) - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٩ ص ١٠١
(إذا كانت الطاعة وهي المشتري ، وإن كانت قد اختصت في طعنها الشفيع والبائعين ، أعلنت
الطعن لأحد هذين البائعين بعد انقضاء الميعاد المحدد في القانون لصحة الإعلان ، فإن طعنها
يكون غير مقبول شكلاً ، لأن هذا البائع وقد أعلن إعلاناً باطلاً بعد الميعاد يكون غير مخاصم
في الطعن) - وانظر أيضاً نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢١٣ -
٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١
مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٠ ص ٤٢٠ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٨٦ ص ٦١٦ .

الميعاد القانوني في عهد تقنين المرافعات السابق ، ففي عهد تقنين المرافعات الجديد وطبقا للمادة ٣٨٤ من هذا التقنين السالف ذكرها ، إذا أعلن بعض المطعون عليهم بتقرير الطعن في الميعاد القانوني فإنه يجوز إعلان باقي المطعون عليهم بعد فوات هذا الميعاد ، ويكون الطعن في هذه الحالة مقبولا شكلا ، لأن دعوى الشفعة غير قابلة للتجزئة ولأنها من الدعاوى التي يجب أن يختصم فيها أشخاص معينون (١) .

٢٢٣- الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسيير - نص قانوني:

تنص المادة ٩٤٤ مدني على ما يأتي :

« الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (٢) .

(١) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١ - على أن تقرير الطعن بالنقض يجب أن يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه وإن كانت المادة ٣٨٤ مرافعات تنص على أنه إذا رفع الطعن عن حكم صادر في دعوى يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها كما هي الحال في دعوى الشفعة على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ، إلا أن هذه المادة مقيدة في الطعن بطريق النقض بما أوجبه المادة ٤٢٩ مرافعات من أن الطعن بالنقض لا يكون إلا بتقرير يحصل في قلم كتاب المحكمة يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم . وإذن فمضى تبين أن تقرير الطعن قد خلا من اختصاص البائنة ، فإنه يكون غير مقبول شكلا (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٤ ص ٥٥٢) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ٢ - ويسرى على تسجيل حكم الشفعة نص المادة ١٣٩٠ الخاصة بتسجيل إعلان الرغبة وما يترتب على هذا الإعلان . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية وعدل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق : م ١٨ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

م ٤/١٤ : ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثانية عشرة الآتي ذكرها . (وقانون الشفعة السابق -

ويخلص من هذا النص أنه إذا صدر حكم نهائي بثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن هذا الحكم يعتبر سنداً للملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ، فما هو المقصود بعبارة أن الحكم « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » ؟ لقد اقتبس نص المادة ٩٤٤ مدني الذي وردت فيه هذه العبارة من المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، إذ كانت هذه المادة الأخيرة تجرى على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وقد عرضت محكمة النقض لتفسير عبارة « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، فذهبت إلى أن المقصود « بسند الملكية » هو السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية وحجيتها . ولا شك في أن عبارة « سند الملكية » تحتل المعنيين ، معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ومعنى دليل الملكية وحجيتها . وبحسبنا هنا أن ننقل بعض أسباب حكم لمحكمة النقض ، ناقشت فيه هذين المعنيين ، وأخذت بالمعنى الأول دون الثاني . قالت المحكمة : « وحيث إن الطعن مبناه أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة . . . أما خطأ الحكم في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة فوجهه أن الحكم قد استند إلى هاتين

— يحمل المحكمة تسجيل من تلقاء نفسها حكم الشفعة ، أما التقنين المدني الجديد فيجمل قانون الشهر العقاري هو الذي يسرى ، فيتبع في تسجيل حكم الشفعة ، الإجراءات المقررة في هذا القانون) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤١ : يثبت ملك الشفيع المشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة الطابو ، أو عند التسجيل في الطابو في حالة التراضي على الشفعة . (والتقنين العراقي ، طبقاً لأحكام الطابو أو السجل العيني ، لا ينقل ملك العقار المشفوع فيه للشفيع إلا بالتسجيل في الطابو ، والذي يسجل هو الحكم القاضي بثبوت الشفعة أو سند التراضي على الشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٢ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يثبت حق

الشفعة ويكتسب الشفيع حق التسجيل ، إما بتسليمه للعقار المشفوع برضا المشتري بعد دفع الثمن وتوايه المينة بالمادة ٢٤٩ ، وإما بحكم صادر لمصلحة الشفيع . (والقانون اللبناني ، طبقاً لأحكام السجل العيني ، يوجب تسجيل الحكم بالشفعة أو التراضي عليها في السجل العيني ، حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع) .

المادتين في القول بأن حكم الشفعة ينشئ ملكية الشفع ولا يقررها ، في حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدي إلى ما استخلصته المحكمة منها . ذلك لأن المادة ١٨ تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفع ، وهذا النص لا يفيد أكثر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفع على ملكية العين المشفوعة ، كما أن حكم القسمة هو دليل المتقاسم على ملكية ما اختص به في القسمة . أما سبب الملكية ، وهو غير دليها ، فسابق على الحكم في كلتا الحالتين . . . والشفيع في ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثي ، والحكم له ، فيما هو مجمع عليه في فرنسا وفي مصر ، يقرر حقه ولا ينشئه ، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره بل يرجع إلى يوم البيع الذي حل فيه المسترد على المشتري وحيث إن الشارع إذا كان قد نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفع (titre de propriété) فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام . بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (cause juridique) للملكية الشفع ، كما أراد بنص المادة ٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا للملكية من رسا عليه المزاد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا للملكية واطع اليد على المنقول . وكلمة سند (titre) التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها ، وحتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفع ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفع إلا بعد الحكم . أما قبله فلا ، لأن السبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي (١)

ونقتصر هنا على تسجيل المعنيين المختلفين لمعنى عبارة « سند ملكية الشفع » ، وعلى الإشارة إلى أن قضاء محكمة النقض قد استقر على الأخذ بأن السند معناه

(١) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

السبب القانوني المنشئ للملكية الشفيع ، على أن نعود إلى مناقشة هذه المسألة فيما يلي (١) .

بقى تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة . وقد كان قانون الشفعة السابق يقضى في المادة ١٨ منه ، كما رأينا ، بأن « على المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد يقضى بنفس الحكم ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص بأن تركزت « أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدنى » (٢) . والقواعد المقررة في قانون الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ تقضى بأن « تم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » (م ٢٠ من قانون الشهر العقارى) . وعلى ذلك لا تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتسجيل حكم الشفعة كما كانت الحال في قانون الشفعة السابق ، بل يقوم الشفيع وهو صاحب الشأن في التسجيل مباشرة لإجراءاته (٣) . ويباشرها وفقا للقواعد المقررة في قانون الشهر العقارى (٤) ، فيقدم طلب التسجيل للأمورية الشهر العقارى التى يقع العقار المشفوع فيه في دائرة اختصاصها (م ٢١ قانون الشهر العقارى) ، ويتم التسجيل في مكتب الشهر العقارى الذى تتبعه هذه الأمور (م ٥ من قانون الشهر العقارى) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) انظر آنفا ص ٦٩٥ هامش ٢ .

(٣) حتى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق التى تقضى بأن تسجل المحكمة من تلقاء نفسها حكم الشفعة قد عدلت بالمادة ٢٠ من قانون الشهر العقارى الذى أصبح نافذا منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فأصبح الذى يقوم بتسجيل حكم الشفعة هو الشفيع صاحب الشأن في التسجيل ، ولا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها . وكذلك كانت المادة ٤/١٤ من قانون الشفعة السابق التى تقضى بأن يكون تسجيل حكم الشفعة يتم في الجهة التى يتم فيها تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أى في المحاكم الوطنية والمحاكم المختلطة ، قد ألغيت ، لأن قانون الشهر العقارى وهو يلغى كل نص يخالف أحكامه (م ٦٠ من قانون الشهر العقارى) يقضى بأن يحصل التسجيل في مكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار في دائرة اختصاصه (م ٥ من قانون الشهر العقارى) . ولذلك عند ما صدر التقنين المدنى الجديد يقضى في المادة ٩٤٤ منه بأن يتم تسجيل حكم الشفعة «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» ، إنما كان يقرر أمرا قد وقع بالفعل منذ نفاذ قانون الشهر العقارى . انظر محمد كليل مرسى ٢ فقرة ٤٦٨ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٥٢ وما بعدها .

وإذا سائرنا محكمة النقض واعتبرنا حكم الشفعة منشأ للملكية الشفيع ، فإن تسجيل هذا الحكم يجرى تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، وتنص على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل » . ويرتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » (١) . فقبل تسجيل حكم الشفعة ، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير . فإذا ما سجل الحكم ، انتقلت الملكية إلى الشفيع ، ويكون انتقالها من وقت التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوي الشأن ، طبقاً للرأي الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض في خصوص نفي الأثر الرجعي للتسجيل بين ذوي الشأن .

وإذا قلنا إن حكم الشفعة ليس منشأ للملكية الشفيع ، وإنما هو كاشف عن ثبوت حق الشفيع في الشفعة كما سيبيح (٢) ، شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام تكشف عن الحق لا تنشئه ، فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم منشئ . كذلك لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، ناقلاً كان هذا التصرف أو كاشفاً (٣) ، لأنه لا يقضي بحصول تصرف ما ، وإنما يقضي بحصول واقعة الشفعة وهي واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وقد كان يحسن إفراد نص خاص في قانون الشهر العقاري يقضي بوجوب تسجيل حكم الشفعة حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع ، فيكون هذا النص هو الذي تشير إليه المادة ٩٤٤ مدني عندما تقول « دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وقد تدارك قانون السجل العيني هذا النقص ، فأورد هذا النص الخاص وربط فيه ما بين تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بالشفعة ، فنصت المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ

(١) أنظر آنفاً ص ٣٥٥ - وانظر حامد فهمي في نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى فقرة ٢٢ .

(٢) أنظر مايل ص ٧٢٦ .

(٣) قارن محمد حل عرقة ٢ فقرة ٢١٥ ص ٥٣٤ .

بالشفعة في صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور « (١) . وما دام هذا النص لم يوجد في قانون الشهر العقاري ، فإن أقرب نصوصه إلى تسجيل حكم الشفعة هو النص القاضي بتسجيل « دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » (م ٢/١٥ من قانون الشهر العقاري) . فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . ولما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفع قد حل محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك ، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفع دون المشتري . فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد ، ولكن لا لمصلحة المشتري الأصلي بل لمصلحة الشفع . ومن ثم وجب تسجيله كما يسجل الحكم بصحة التعاقد ، حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه بهذا التسجيل من البائع إلى الشفع ، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري . وكما أن الحكم بصحة التعاقد في البيع يجعل منه المشتري سندا يغنيه عن عقد البيع البالصالح للتسجيل ، فيسجله فتنقل إليه ملكية المبيع ، كذلك الحكم بالشفعة يجعل منه الشفع سندا يغنيه عن عقد بيع يصدر له من البائع ، فيسجله فتنقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه . وفي دعوى صحة التعاقد يسجل المشتري صحيفة الدعوى (٢) ، أما في دعوى الشفعة فلا يسجل الشفع صحيفة الدعوى ولكنه يسجل إعلان الركبة في الأخذ بالشفعة ، ويقوم تسجيل هذا الإعلان مقام تسجيل صحيفة الدعوى .

المبحث الثالث

آثار الأخذ بالشفعة

٢٢٤ - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع - عمدة الشفع

البائع والمشتري والغير : يترتب على ثبوت حق الشفع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ، على التفصيل الذي سنسطة

(١) انظر آتقا ص ٣٥٥ مآشر ٣ .

(٢) انظر آتقا فقرة ١٤٥ .

فيما يلي . وانتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إنما هو ذاته نتيجة ترتبت على حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين البائع والمشتري ، فنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشتري بناء على هذا الحل . وما دام الشفيع قد حل محل المشتري ، فيتعين أن نحدد ، بعد أن يتم هذا الحل ، علاقة الشفيع بالبائع وعلاقته بالمشتري وعلاقته بالغير (١) .

فنبحث إذن المسألتين الآتيتين : (١) انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . (٢) علاقة الشفيع بالبائع وبالمشتري وبالغير .

المطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

٢٢٥ - الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي سبب لحلول الشفيع محل المشتري

فانتقال الملكية إليه ووجه المشتري : قدمنا أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها الشفوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة ، هذا تصرف قانوني (٢) . فهذه الواقعة المركبة تشمل إذن على عناصر ثلاثة : الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاثة ، فقد قامت الشفعة ميباً قانونياً يحدث أثره . والأثر المباشر الذي يترتب على قيام

(١) أما علاقة البائع بالمشتري ، بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة ويحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه ، فتلخص في أن هذا البيع فيما بين البائع والمشتري يعتبر كأن لم يكن ، إذ يتحول من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بحجة أن الشفيع قد انتزع منه العقار المشفوع فيه ، ولا يكون البائع مسئولاً عن تعويض المشتري لهذا السبب ، إذ أن البيع الذي كان قد تم بينهما قد زال واعتبر كأن لم يكن كما سبق القول (استئناف مختلط ١٦ يوتيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ - وانظر

محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٨ ص ٤٥٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١

الشفعة ، مستكاملة لعناصرها الثلاثة ، هو حلول الشفعيع محل المشتري في البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . فالمادة ٩٣٥ مدني تنص كآ رأينا على أن « الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » . وتؤكد المادة ١/٩٤٥ مدني ، كما منرى ، أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفعيع محل البائع بالنص على أن « محل الشفعيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .

ولما كان استكمال الشفعة لعناصرها الثلاثة المتقدمة الذكر كثيرا ما يكون محل منازعة بين الشفعيع من جهة والمشتري والبائع من جهة أخرى ، فقد أراد القانون أن يقف عند دلالة قاطعة لانحسام هذا النزاع ، إما عن طريق تسليم المشتري باستكمال الشفعة لعناصرها وهذه هي الشفعة بالتراضي ، أو عن طريق حكم قضائي يحسم النزاع نهائيا وهذه هي الشفعة بالتقاضي . فالتراضي أو التقاضي ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سببا لإنتاج أثرها ، بل هو مجرد فطر للنزاع والتدليل بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلا مستكاملة لعناصرها الثلاثة . ولم يطلب القانون في التراضي إلا تسليم المشتري بأن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة ، وأن الشفعيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة . أما في التقاضي فقد رسم القانون لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة تقدم بيانها تفصيلا ، فإذا مارعاها الشفعيع انتهى إلى حكم يقضي بثبوت حقه في الشفعة ، أي بتقرير أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة وأن الشفعيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة .

وسواء كان الدليل القاطع على أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة هو التراضي أو التقاضي ، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر ، وهو حلول الشفعيع محل المشتري ، منذ أن تستكمل عناصرها الثلاثة التي تنتهي بإبداء الشفعيع رغبته في الأخذ بالشفعة . فتي أبدى الشفعيع هذه الرغبة ، وأعلنها لكل من المشتري والبائع على الوجه الذي رسمه القانون والذي سبق أن بسدناه ، فقد حل الشفعيع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه ، وتحولت الصفقة ، بعد أن كانت بين البائع والمشتري ، إلى أن تكون بين البائع والشفيع . ويكون ذلك بطبيعة الحال منذ أن وجدت الصفقة ، أي منذ تمام البيع بين البائع والمشتري .

فالقانون ، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة ، محل الشفع محل المشتري ، ويجعل الشفع هو المشتري منذ البداية ، ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تنعقد له أصلا . ويبقى البيع قائما منذ أن انعقد ، ولكنه يكون بيعا للمشتري فيه هو الشفع لا المشتري الأصلي . وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفع ، فيكون للشفع حقوق المشتري وعليه التزاماته ، وذلك منذ أن انعقد البيع كما سبق القول ، لأن المشتري يكتفى تماما ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا في الصفقة^(١). وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفع في نفس البيع الذي سبق أن تم ، فلا يكون المشتري وسيطا بينهما بعد أن خرج من الصفقة . وعلى ذلك يكون الشفع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري ، وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري^(٢).

ومن حقوق المشتري أن تنتقل إليه ملكية العين المبيعة من البائع ، فتنقل إذن ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفع . ولكن متى تنتقل؟ ومتى محل الشفع محل المشتري ؟

٢٢٦ - متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ومتى محل

الشفع محل المشتري - اختلف الآراء : هذا التحليل لطبيعة الشفعة الذي نقول به ، على بساطته وعلى تمثيه مع النصوص والحلول العملية المسلم بها في الشفعة ، ليس محلا لاتفاق الآراء :

ولو سلم به ، لأمكن القول دون تردد إن الشفع ، وقد حل محل المشتري ، تنتقل إليه ملكية العقار المبيع في الوقت الذي كانت تنتقل فيه إلى المشتري لوبيق

(١) استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٢١ - ٧ أبريل سنة ١٩١٧ م

٢٩ ص ٣٧٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٦٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ .

(٢) ويصبح الشفع هو الخلف المباشر للبائع (استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ -

١٤ ص ٣١٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧

ص ٤٦٤) . فيكون في نفس مركز المشتري ونفس الشروط ، وعلى ذلك يلتزم بما تمهد

به المشتري في عقد شرائه بأن ينشئ في خلال سنة متزلا للسكنى على الأرض المبيعة وأن يحافظ

على الاستواء الحال وإلا فسح البيع ، فتل هذا الشرط صحيح ولم يقصد به التحايل لمنع الشفع

من استعمال حقه (استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٦ ديسمبر

سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٥) .

هذا في الصفقة شترى ولم يفرعها منه الشفع ، والمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع إلا إذا سجل عقد البيع ، ويكون مالكا من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير أما فيما بينه وبين البائع : فن وقت التسجيل أيضا وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، ومن تمام البيع وفقا للرأى الذى نقول به . وعلى ذلك يجب على الشفع ، حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه من البائع ، أن يسجل السند الذى حل بالنسبة إليه محل سند البيع بالنسبة إلى المشتري ، وهو التراضى على الشفعة إذا تمت بالتراضى (١) أو الحكم بثبوتها إذا أخذت بالتقاضى . فإذا

(١) هذا والتراضى الذى ينتج أثره في إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه إذ نص المشرع في المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن يعلن الشفع رغبته في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه ، لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً يتقدم بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية المين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول . وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثار في شأن علم الشفع بالبيع المثلث للشفعة ، وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفع في الأخذ بالشفعة في حالة عدم إبداء رغبته في خلال تلك المدة ، أو بدءاً لافتتاح إجراءات الشفعة في حالة إبداء رغبته في خلالها . أما التراضى الذى ينتج أثره في إتمام الشفعة ، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفع رغبته في الشفعة (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٣ : ويشير إلى حكم استئناف مصر في ٢٠ يناير سنة ١٩٤٦ في القضية رقم ٧٤ سنة ٦٢ قضائية ، وفيها أعلن الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري بعد فوات ميعاد الخمسة عشر يوماً . ولكن المشتري وقع هو والشفيع على أصل الإعلان إقراراً بأن المشتري قبل التنازل عن الصفقة الشفع لاستحقاقه لها . وبعد ذلك أنذر المشتري الشفع بالمدول عن الإقرار وتمسكه بالصفقة . فرفع الشفع دعوى على المشتري يطالبه فيها بالأرض الميعة ، ورفع المشتري الدعوى بأن الشفع لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبائع فقضت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العلم . ولما استؤنف هذا الحكم ، قضت محكمة الاستئناف بأن الإقرار الذى وقعه المشتري والشفيع باستحقاق الشفع للشفعة هو تسليم الشفع بحقه في الشفعة بالتراضى . وقد تعلق حق الشفع به ، فلا يملك المشتري ولا ورثته الرجوع في هذا التسليم ، حتى لو ثبت أن الشفع لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد فوات الميعاد . ولذلك يكون الحكم الابتدائى ، إذ قضى بالتحقيق لإثبات العلم ، في غير محله .

وإذا تم التراضى على الوجه المتقدم ، يثبت حق الشفع بهذا التراضى ، ولا بد من تسجيله حتى تنتقل الملكية إلى الشفع . ولكن حلول الشفع محل المشتري يكون في هذه الحالة أيضاً ، -

سجل هذا السند انتقلت إليه الملكية ، كما كانت تنتقل إلى المشتري بتسجيل سند البيع . وتنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير ، أما فيما بينه وبين البائع والمشتري فتنقل أيضاً من وقت التسجيل وفقاً لقضاء محكمة النقض ، ومن وقت تمام البيع الذي حل فيه الشفيع مشترياً بحكم الشفعة وفقاً للرأى الذى نقول به .

ولكن الآراء اختلفت في هذه المسألة . وهى لم تختلف في الواقع من الأمر في وقت انتقال الملكية إلى الشفيع ، فهذا الوقت تحدده أحكام التسجيل لأحكام الشفعة . ولا خلاف في أن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة (أو سند التراضى) ، وتنتقل إليه من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وإذا كان هناك خلاف في أن الملكية تنتقل إلى الشفيع فيما بينه وبين البائع والمشتري ، إذا سجل الشفيع سنده ، من وقت التسجيل أو من وقت البيع ، فهذا خلاف واقع لا في أحكام الشفعة بل في أحكام التسجيل . والخلاف الواقع في أحكام الشفعة ، وهو الخلاف الذى نقصده هنا ، هو في وقت حلول الشفيع محل المشتري ، لا في وقت انتقال الملكية إلى الشفيع .

فهناك رأى يذهب إلى ما ذهبنا إليه ، ويقول إن الشفيع محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه^(١) . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الشفيع محل

— في رأينا ، من وقت البيع لا من وقت التراضى ولا من وقت إبداء الرغبة . وإذا قام نزاع في شأن هذا التراضى ورفضت دعوى بهذا النزاع ، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها ، لأن الشفعة تمت بالتراضى لا بالتقاضى ، وإنما تكون دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة في الدعاوى (استئناف مخطوط ١٣ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٥) . وفي حالة التراضى على الشفعة ، يكون سبب كسب الشفيع للملكية العقار هو الشفعة لا بيع يتم بهذا التراضى ، ولذلك لا تجوز شفعة جديدة في هذا التراضى (شفيع شحاته فقرة ٢٧٨) . (١) استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ (وقد جاء في أسباب هذا الحكم : وحيث إن الشفعة تثبت بالطلب المستوفى للشرائط القانونية ، متى ثبت انقضاء البيع للمشتري وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكاً له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق المبنية التى يكون قد قرررها عليه المشتري . وحيث إن الحكم بها للشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام المتخاصمين بالنتائج القانونية المترتبة عليها ، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها) . وقضى أيضاً في عهد التقنين المدنى السابق بأن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام عملة ومقررة للحقوق وثبوتها —

محل المشتري من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبايع (١) . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن الشفع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة (٢) . ولكن الرأي الذي يستوقفنا طويلا هو الرأي الرابع الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض بتابعها فيه جمهور الفقهاء (٣) ، ويذهب إلى أن الشفع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة (أو من وقت التراضي) ، فإن هذا الحكم طبقا لهذا الرأي يعتبر

= لاموجدة لها ، بمعنى أن الحق الذي قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب له من يوم وجوده لا من يوم القضاء له به . وعلى هذه القاعدة يكون الشفع الذي طلب أخذ المقار بالشفعة مالكا لهذا المقار من يوم حصول البيع ، وهذا يوافق ما نص عليه في مذهب الإمامين مالك والشافعي من ثبوت ملك الشفع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع ولولم يسلم المشتري أو يستلم الثمن ، وعلى ذلك جاز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة (استئناف وطني ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١) - وانظر على زكي العرابي فقرة ١١٣ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٥ .

(١) ويرتب على ذلك أنه إذا استمر المشتري واضعاً يده على المقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإنه يكون مسئولاً عن الثمار قبل الشفع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم ، بعد خصم المصروفات وأتعاب الإدارة وفواتد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن (استئناف وطني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ - استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢) . وانظر أيضاً حسن كيرة ص ٢٢ - ص ٢٣ (ويذهب إلى أن حق الشفع يثبت بمجرد إعلان رغبته في طلب الأخذ بالشفعة ، ولكنه يشترط تسجيل هذا الإعلان حتى تنتقل الملكية إلى الشفع وحتى يكون هذا مستحقاً للثمار) . وانظر أيضاً أنور سلطان في مجلة الحقوق ٢ ص ٦٩٩ - وانظر أيضاً في أن الملكية تنتقل إلى الشفع من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٠ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٧ .

(٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٣ (ويقول بأن حكم الشفعة يرتد بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفع إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون ، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزاً قانونياً يستند إليه حقه في تملك المقار المشفوع) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٨٣ - شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥٩ و فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١ - إسماعيل غانم ص ٩٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ .

منشأ لحق الشفيع لا كاشفا عنه (١) . وقد كنا أشرنا إلى هذا الرأي فيما قدمناه في تفسير عبارة أن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » (م ٩٤٤ مدني) (٢) ، والآن نتولى بسط الرأي بالتفصيل ، وننظر فيه بعد ذلك نظرة تقديرية .

٢٢٧- رأي محكمة النقض - محل الشفيع محل المشتري من وقت صدور

الحكم - بثبوت حقه في الشفعة لانه لهذا الحكم منشيء محل الشفيع لا كاشف

عنه : وقد استقر قضاء محكمة النقض ، كما قدمنا ، على أن الشفيع محل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة ، وبأن حكم الشفعة منشيء لحق الشفيع لا كاشف عنه ، فلا يصير العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . وقد أصدرت في عهد قانون الشفعة السابق حكما أساسيا في هذه المسألة سبقت الإشارة إليه (٣) ، وقضت فيه بأنه إذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة . ولا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ١٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٠ - وكانت محكمة الاستئناف الوطنية بدواثرها المجتمعة قد قضت ، قبل محكمة النقض ، بأن حكم الشفعة ناقل للملك لا مقرر له ، وبأن العقار المشفوع فيه يبقى ملكا للمشتري إلى أن يصدر الحكم بالشفعة . وقد جاء في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إن الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الفراء ، وقال الفقهاء فيها إنها تملك بالتراضي أو بقضاء القاضي دفعا لاحتمال الضرر ، أي أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار إلا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لماله من حق الشفعة أو بحكم القاضي ، وحيث يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التي يكون المشتري قد صرفها في سبيل هذا الشراء . وحيث إنه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك وليس مقررأ له ، والمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلا له نفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضي أو حكم القاضي . وحيث إنه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشتري إلى حكم القاضي ، فليس من المسلم به إلزام الشفيع بإيداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذي له حق الانتفاع بشرة العين مادام النزاع قائما قصر أو طاله » (محكمة الاستئناف الوطنية الدوائر المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

رفضه . ذلك بأن الشارع ، إذ نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية أو خجيتها . ومقتضى هذا النظر أو لازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي . ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء في المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيد بحق المشتري في البناء والغراس في العين المشفوعة ، ولا ما جاء في المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة ، فإن الشارع المصري إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية ، وهي مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعي بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي المشتري والشفيع . وكذلك لا يتعارض القول بتحمل الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع ، فإن هذا لا يعين أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة (١) . وصدر بعد ذلك حكم آخر ، في ظل قانون الشفعة السابق ، يؤكد معنى الحكم الأول ، ويقضي بأن المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم نصت على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائي القاضى بالشفعة ، إذ هو سند تملكه . وينبني على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ، ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط ، حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه . وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائي بعد أن

(١) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي (١) .

ولم تعدل محكمة النقض عن هذا المبدأ الذي قررت منه أن حكم الشفعة منثى لا كاشف ، حتى بعد أن صدر التقنين المدني الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . فقضت ، في عهد التقنين المدني الجديد ، بأن قضاء محكمة النقض قد استقر في ظل أحكام ذكره ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة ، على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ، وأن هذه الملكية لا يترد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة . ولم يعدل القانون المدني الجديد شيئاً من أحكام ذلك الذكر في هذا الخصوص . فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقاً لنص المادة ١٨ من الذكر من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وانتهى المشرع إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . وعلى ذلك لا تنتقل الملكية للشفيع ، في ظل القانون المدني الحالي ، إلا من

(١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ - ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦ : وقد طاق هذان المكان أيضاً قانون الشفعة السابق .

فاذا صدر حكم نهائي يقضى بالشفعة ، ثم نقض هذا الحكم ، اعتبر كأن لم يكن ، وسقطت جميع الآثار التي ترتبت عليه ، ومنها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن نقض الحكم القاضي بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويقتضي ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه ، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له ، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلطه من مال أو عقار نتيجة له . وليس يجب رد الأصل فحسب ، بل يجب أيضاً رد فوائد النقود وثمار العقار . وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار ، لأن هذا الإعلان لتضمنه معنى التكليف بالحضور لسباع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ، يكون له مثل ما رتبته القانون في المادة ٢/٩٦٦ مدني على إعلان صحيفة الدعوى من أثر في زوال حسن فية الحائز (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦) .

تاريخ الحكم بالشفعة (١) . وأكدت المحكمة ، في حكم تال للحكم المتقدم ، المبدأ الذي أخذت به حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، إذ قضت بأن المشرع ، عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدني الجديد، انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع . فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم التي كانت تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع » ، ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة،

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم في خصوص الأعمال التحضيرية لتقنين المدني الجديد وفي خصوص وجوب إيداع الثمن : « ولا يجدي الطاعن ما ذكره من أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني تشير إلى اتجاه المشرع إلى تقرير حق الشفيع في الملكية من تاريخ عقد البيع أو تاريخ تسجيل طلب الشفعة ، لأنه يتبين من المناقشات في لجنة بحث مشروع القانون حول المادة ٩٤٥ أن البحث اتجه إلى أفضلية النص على الوقت الذي يعتبر فيه الشفيع مالكا ، واستعرضت الآراء المختلفة للفقهاء والقضاة في هذا الخصوص بين مؤيد لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وبين معارض له . كما تناول البحث ملكية ثمرات العقار في الفترة بين البيع والحكم بالشفعة ، ولكن الأمر انتهى إلى بقاء نص المادة ٩٤٥ والمادتين ٩٤٤ و ٩٤٧ على ما كانت عليه في مشروع القانون . أما العبارة التي وردت بالمذكورة الإيضاحية للقانون تعليقا على المادة ٩٤٧ من أن الرأي أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ويتملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأن لم يملك أصلا ، فهي عبارة لا تخرج عن أن تكون رأياً شخصياً لواضع المذكرة ، لتناقضها مع نص المادة ٩٤٤ التي قررت أن الحكم بالشفعة هو سند ملكية الشفيع . وبخلص من ذلك أن المشرع انتهى إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . ولا جدوى في هذا الصدد من التحدث عن قاعدة رجعية منتهكة كانت أو مقررة ، مادام أن المشرع قد عدل عن أعمال هذه القاعدة في خصوص الحكم الصادر بالشفعة بما مضى عليه في المادة ٩٤٤ . كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يمتنع عن رغبة المشرع في الحصول إلى رأي القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأي المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ . لملكية الشفيع » (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

فلم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العلول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة . وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدر الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدني الجديد على حلول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكما جديدا ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفع الذي حكم له بطله حالا محل المشتري في الريع منذ قيام الطلب . إذ اعتباره كذلك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، الأمر الذي يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائيا بالشفعة (١) .

٢٢٨- الحجة التي استندت إليها محكمة النقض في القول بأنه الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفع : وقبل أن ننظر نظرة تقديرية في قضاء محكمة النقض الذي استقر على أن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفع ، تستعرض الحجة التي استندت إليها المحكمة للقول بذلك .

والحجة الرئيسية التي استندت إليها المحكمة ، والتي رددتها في كثير من المواطن ، هي تفسيرها للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (المطابقة للمادة ٩٤٤ من التقنين المدني الجديد) ، وهي تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفع . فالمشرع لم يرد بهذا النص ، على ما تقول محكمة النقض ، أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام . بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (cause juridique) ، لملكية الشفع ، كما أراد بنص المادة

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ .

٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً للملكية من رسا عليه المراد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً للملكية واضع اليد على المنقول . وكلمة سند Titre التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشأ لحق الملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفعين ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفعين إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشأً للحقوق لا ينسحب على الماضي (١) .

ثم ترد المحكمة بعد ذلك على جملة من الاعتراضات وجهت إلى ما ذهبت إليه من رأى ، وتلخص هذه الاعتراضات والردود عليها فيما يلي :

أولاً - ما جاء في المادة ١٠ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٦ مدني جديد) من تقييد حق المشتري في أن يبني وأن يغرس في العين المشفوعة ، وما جاء في المادة ١٢ من نفس القانون (م ٩٤٧ مدني جديد) من عدم مريان تصرفات المشتري في العين المشفوعة في حق الشفعين إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة . فلو كان المشتري قد بقي ما لكا حتى صدور الحكم بالشفعة ، كما هو مقتضى ما نذهب إليه محكمة النقض ، لما وردت هذه القيود على حق ملكيته قبل صدور الحكم بالشفعة ما دام هذا الحق يبقى قائماً إلى وقت صدور الحكم . وتنكر محكمة النقض أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي إذا صدر الحكم بالشفعة ، فإن المشرع لم يرد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي ، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل

(١) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - وتقول محكمة النقض أيضاً في هذا الصدد : « وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال - تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها ، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المبيع ، فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضي نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررراً لحق الشفعين في طلب الأخذ ، منشأً لأثر هذا الطلب في حلول الشفعين محل المشتري على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩) .

المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل في الوقت نفسه الشفع ما لكا تحت شرط توفيقى هو الحكم له بطلبه ، بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ للملك المشتري والموقف للملك الشفع ، زالت ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن ، واعتبر الشفع ما لكا منذ إعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار *jus ad rem* لا حق ملكية ، وهو لا يتحول صاحبه إلا مدعاة المشتري بدعوى شخصية . ثم إن الأصل فى التصرفات التنجيز ، والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية . وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري - الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به - ثم سجل عقده - إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تروى عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا الزوال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقاً لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ، فذلك لا يتأتى قانوناً (١) . ثم تبين المحكمة المصدر الذى اشتقت منه هذه الأحكام فتقول إن الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين (١٠ و ١٢ من قانون الشفعة السابق) جملة من فقه الحنفية (٢) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٢) وتبين المحكمة ذلك فيما يأتى : « فقد كان رأى عند أبى يوسف أن الشفع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر ، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بضمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض . ووجه هذا رأى أن المشتري لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعدياً ، لأنه إنما غرس وبنى فى ملكه . فإذا أراد الشفع أخذ ملكه جبراً عنه ، وجب ألا يترتب على ذلك ضرر . وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفع يأخذ مازاد فى الأرض بقيمتها والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة ، وإذا كان فى إلزام الشفع بأخذ شيء قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتيهما مقلوعين ، وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل . وكان رأى عند أبى حنيفة أن الشفع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمتيه مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القلع . ووجه هذا رأى أن المشتري كان عليه أن يترىث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة ، وإذا لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره ، لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأيين . فأخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس ببلد الطلب ، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه ، فإن كلف القلع أو الملم وحده له ضرر فهو الجانى على -

ثانياً - ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) من حاول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع . فيستخلص من هذا الحل أن المشتري يحتق من الصفقة ويحل محله الشفع ، وكان الشفع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فبنشاً حق الشفع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة . وترد محكمة النقض على ذلك بأن حلول الشفع محل المشتري في وقت سابق على صدور الحكم بالشفعة لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر من قبل من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفع ، لأن لازم كونه منشئاً ألا تتصل العين المشفوعة بملك الشفع إلا بعد الحكم . ولما كانت ملكية الشفع لهذه العين هي جوهر الحق الذي يحل فيه المشتري ، وكان إسناد هذه الملكية للشفع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً ، فإن حلوله فيها

= نفسه . وأخذ بالرأى الأول إذا كان البناء أو الفراس قبل الطلب ، لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه . كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام لتصرفات التقديرية في هذه العين . إذ المقرر في الفقه الحنفى أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ، ثبت ملك المشتري في المبيع ، ولا ترقه مطالبة الشفع أن يأخذه بالشفعة ، وإنما يثبت للشفع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة . وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف في ملكه . لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها ، فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها . لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفع ، إذ يكون له في هذه الحال أن يمضي هذه التصرفات . وأن يفسخها ، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره ، فلا ينفذ تصرفه منعاً للإضرار بالشفع . وهذا الذي قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصري حكمه في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع ، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب ، كان خليفاً بأن يحمل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفع في نقض تصرفات المشتري . ومن هذا يبين أن الفقه قال الحنفى هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة . ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعي ولا الاستناد ، أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله ، إلا في تصرفات الفضول إذا أجزت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات ، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك نخرجه فيه لا على فكرة الأثر الرجعي بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالفدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي المشتري والشفع ، فإن القول بأن الشارع المصري - الذي أخذ هذه الأحكام معلولة بملاتها الفقهية - قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر =

قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعاً أيضاً (١). ويعنى ذلك أن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون لا منذ إبرام البيع ولا منذ طلب الشفعة ، بل منذ صدور الحكم بالشفعة ، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع وهو سند ملكيته أى مصدرها .

ثالثاً - ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤٥ مدنى جديد) من أنه « إذا ظهر من الأخذ بالشفعة أن البعقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . فرجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق يفيد أن الصلة انعقدت بينهما منذ إبرام البيع ، وحل الشفيع محل المشتري فى هذا الوقت. ولو كانت الصلة لم تنعقد بين البائع والشفيع منذ إبرام البيع ولم يحل الشفيع محل المشتري إلا من وقت صدور الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض ، لبقى المشتري فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع من وقت إبرام البيع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة ، ولتلقى الشفيع الملكية عند صدور هذا الحكم من المشتري لا من البائع ، ولكان رجوعه المباشر بضمان الاستحقاق على المشتري لا على البائع . وترد محكمة النقض على ذلك بأن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقاً من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » (٢).

مخرجى ، يكون قولاً ظاهر الفساد (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٨). ثم تقول المحكمة أيضاً فى هذا الصدد : « كذلك لا تعارض بين عدم اعتبار المشتري مالكا إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من أحكام فى الفقه الإسلامى خاصاً ببناء المشتري أو غرسه فى العين المشفوع ، لأن هذه الأحكام ليس مبناهما عند الحنفية اعتبار المشتري غاصباً ، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن ، بل مبناهما اعتبار المشتري خاطئاً ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠).

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

رابعاً - ما هو مقرر في شأن حق الاسترداد وهو مماثل لحق الشفعة ، فالمسترد لصفة شائعة يحل محل المشتري لهذه الحصّة منذ إبرام البيع الذي حصل بسببه الاسترداد ، وكذلك الشفيع ينبغي أن يحل محل المشتري منذ إبرام البيع المشفوع فيه ، لا منذ الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأنه إذا كان العمل قد جرى في فرنسا في خصوص حق الاسترداد الوراثي بأن يحل المسترد محل المشتري منذ إبرام البيع لا منذ صدور حكم الاسترداد ، « فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشأ لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع » (١) .

خامساً - ما هو مقرر كبداً عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ، فذلك حكم الشفعة يكشف عن حق الشفيع لا ينشئه . وترد المحكمة على ذلك بقولها « أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة فيه إفتيات على القاعدة التي تقضي بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق ، فردّه أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراي على المزار ، فكان التزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه » (٢) .

سادساً - ما استظهر من أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الحنفي نفسه من أنها ليست متفقة على أن القضاء بالشفعة للشفيع هو الذي ينشئ حقه في الشفعة ، وأن الفقه الإسلامي على كل حال لا يقيد القضاء المدني ، فلا محل للاستناد إلى هذا الفقه في القول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأن الحكم المطعون فيه والذي رفضت محكمة النقض الطعن في شأنه « لم يقر قضاءه على رأي الحنفية فيصح النعي عليه بأن هذا الرأي ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدني ، بل أقام قضاءه على ما استمدّه استمداد صحيحا من نصوص المادتين ١٨ و ١٣ من قانون الشفعة » (٣) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٣) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

سابقا — ما احتج به من أن الشفيع يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، فتأخير تملكه العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض يحرمه من ريع العقار من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم لأنه لا يكون ما لكالعقار في هذه الفترة ، فيجتمع عليه الحرمان من الريع والحرمان من استغلال الثمن الذي أودعه خزانة المحكمة . وترد محكمة النقض على ذلك في عهد قانون الشفعة السابق ، وكان هذا القانون لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن ، بأن الشفيع لا حق له في الريع إلا من وقت صدور حكم الشفعة الذي ينشئ حقه ، « ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه ، فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو شأنه . على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه » (١) .

ثم لما صدر التقنين المدني الجديد يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى ، لم تغير محكمة النقض موقفها ، وإنما عدلت الرد على الاعتراض المتقدم الذكر في حكيم طبقت فيها أحكام التقنين المدني الجديد . فقالت في الحكم الأول : « كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ للملكية الشفيع » (٢) . وقالت في الحكم الثاني : « أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فلم يقصد به تغيير الوضع . وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٢) نقض ملئ ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ -

القائلين بارتداد ملكية الشفع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التصديق من حق الشفعة وضماناً للحدية طلبها . وطالما أن حق الشفع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه الربيع ابتداء من تاريخ إيداعه الثمن ^(١) .

٢٢٩ - نظرة نقدية للمعجم التي استندت إليها محكمة النقض : لاشك

في أن الحكم الصادر من محكمة النقض في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، والذي استخدمنا الأسباب الواردة فيه لبيان الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في تقرير أن حكم الشفعة منسئء لحق الشفع ^(٢) ، هو الحكم الأساسي الذي صدر من المحكمة في هذه المسألة الهامة . والأحكام التي تلت هذا الحكم إنما تردد الحجج التي وردت فيه أو تلخصها . وحتى الأحكام التي صدرت بعد صدور التقنين المدني الجديد مطبقة لأحكام هذا التقنين في الشفعة ، هي أيضاً ، كما رأينا ^(٣) ، لم تعدل عن المبدأ الذي قرره هذا الحكم ، بل والتزمت حججه وصارت هي الأخرى ترددها . ولم ترد عليها إلا الرد على ما استحدثته التقنين المدني الجديد من إلزام الشفع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، وإلا استعراض مناقشات اللجنة التي قامت بوضع مشروع نصوص الشفعة في شأن تحديد الوقت الذي يعتبر فيه الشفع مالكا وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ^(٤) .

وهذا الحكم الأساسي الذي أصدرته محكمة النقض لاشك في أنه حكم قوى الأسلوب ، ولكنه يخفى تحت قوة الأسلوب ما يصح أن يكون محلاً للنظر من ناحية المنطق القانوني .

فاللمجة الرئيسية التي استند إليها هذا الحكم هي ، كما قدمنا ^(٥) ، تفسيرها للعبارة التي وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق من أن حكم الشفعة

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧١٠ هامش ١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

« يعتبر سنداً للملكية الشفيع » . وإلى هذه الحجة ترد أكثر الحجج الأخرى ،
فنبداً بالنظر فيها . ونحن نسلم مع محكمة النقض أن التقنين المدني الجديد لم يستحدث
جديداً في المسألة التي نحن بصدددها ، فلا يزال الوقت الذي يحل فيه الشفيع محل
المشترى وتنتقل إليه الملكية في هذا التقنين هو نفس الوقت الذي يحدده لذلك
قانون الشفعة السابق ، ولم يغير إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع
الدعوى في ذلك شيئاً . فما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وفي
مناقشات اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة ليس ، في نظرنا ، إلا
تفسيراً لقانون الشفعة السابق . فنحن في مناقشتنا للحجج التي استندت إليها محكمة
النقض في عهد قانون الشفعة السابق ، إنما تناقش حججاً يمكن الاستناد إليها
في عهد التقنين المدني الجديد :

تقول محكمة النقض إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني
جديد) تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية
الشفيع » . والمشرع لم يرد بهذا النص « أن يعتبر الحكم حجة أو دليلاً على الملكية
التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على
حجية الأحكام » . ونقف عند هذه النقطة قليلاً ، إذ يبدو أن محكمة النقض
تريد أن تستبعد معنى لكلمة « السند » لم يخطر على بال أحد أن يسنده لها . فإضافة
٢٣٢ من التقنين المدني السابق التي تشير إليها المحكمة تنص على أن « الأحكام
التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات
على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف في الحقوق المدعى بها ولا في الموضوع ولا في
السبب ولا في الصفة المتصف بها الأخصام » . فالنص يعرض ، كما نرى ،
لحجية الأمر المقضى ، ولم يقل أحد إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق تريد
أن تقرر أن حكم الشفعة حجة بما جاء فيه فيكسب بذلك حجية الأمر المقضى .
ولما المعارضون لما ذهب إلى محكمة النقض يقولون إن لكلمة « السند » معنيين
مختلفين ، ليست حجية الأمر المقضى أحدهما . فكثيراً ما تستعمل النصوص كلمة
« السند » على المعنى الذي ذهب إليه محكمة النقض ، فيكون معناها السبب
القانوني (cause juridique) . وقد وردت الكلمة فعلاً على هذا المعنى ،

كما تقول محكمة النقض ، في المادة ٦٠٨ من التقنين المدني السابق (١) وفي المادة ٥٨٧ من تقنين المرافعات السابق (٢) . ولكن كثيراً ما تستعمل النصوص أيضاً كلمة « السند » على معنى آخر غير المعنى الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، فيكون معناها دليل الإثبات أو الدليل المكتوب للحق الذي يتمسك به صاحبه . ولعل هذا المعنى الآخر هو الذي يغلب القصد إليه في النصوص . استعملت كلمة « السند » بهذا المعنى الآخر في المواد ١٤٨ و ٢٧٣ و ٥٤٩ من التقنين المدني السابق ، وهو التقنين الذي كان معمولاً به عند صدور حكم محكمة النقض في سنة ١٩٤٦ . فنصت المادة ١٤٨ من هذا التقنين على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين ، وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن « تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها . . . » . ونصت المادة ٥٤٩ من نفس التقنين على أنه « لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي . . . » . واستعملت هذه الكلمة بهذا المعنى أيضاً في سلسلة من النصوص متعاقبة ، فنصت المادة ٢١٨ على أنه يجوز الإثبات بالبيئة « إذا وجد دليل قطعي على ضياع السند بسبب قهرى » . ونصت المادة ٢١٩ على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده . . » ، ونصت المادة ٢٢٠ على أنه « يجوز للدائن أن يثبت بالبيئة أن وجود السند تحت يده المدين كان لسبب آخر غير تخلفه من الدين » . ويطول بنا القول لو عددنا النصوص

(١) وهذا نصها : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحين الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم في حالي البرقة والضياع . ولا يفهم وجه استشهاد محكمة النقض بهذا النص إلا إذا رجعنا إلى النص الفرنسي المقابل له ، وهو ما يأتي :

“ Le seule possession des meubles fait présumer le titre et la bonne fois, sauf preuve contraire, et sauf ce qui est dit au cas de perte et de vol. ”

(٢) وهذا نصها : « حكم البيع يكون حجة للمشتري بملكته المبيع ، وستأ المدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن . . . » . وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النص الفرنسي المقابل

“ Le jugement d'adjudication formera titre pour le débiteur et les ayants droit pour le paiement du prix; il sera titre de propriété pour l'adjudicataire; ”

لم يملك أصلاً . صحيح ، كما تقول محكمة النقض^(١) ، أن هذا الرأي هو رأي شخصي لواقع المذكرة . ولكن هذا الرأي ، الذي ضمنه المذكرة الإيضاحية التي قمنا بوضعها ، لا يتناقض مع نص المادة ٩٤٤ مدني على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض . فكل ما تقوله المادة ٩٤٤ مدني هو أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وليس في هذا ما يتعارض مع القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت البيع . وقد بسطنا تفصيلاً فيما تقدم أن حكم الشفعة ليس منشأ لحق الشفيع بل هو كاشف عنه ، وأن هذا الحكم إذا اعتبر سندا للملكية الشفيع فإن معنى السند هنا ليس هو السبب القانوني المنشئ ، بل معناه أنه دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . هذا إلى أن حلول الشفيع محل المشتري من وقت إبرام البيع هو الذي تمليه المبادئ العامة ، ويفرضه التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة ، وتنطق به الحلول العملية التي وضعها المشرع .

٢٣٢ - الأهمية العملية لرأي محكمة النقض نظراً لكونه محصورة في

مسألة الثمار : على أن المشرع في وضعه لنصوص الشفعة قد تكفل بوضع الحلول العملية للمسائل الخاصة بعلاقة الشفيع بالبائع ، وبعلاقته بالمشتري ، وبعلاقته بالغير ، على الوجه الذي سنبيطه فيما يلي . فلم تعد هناك أهمية عملية كبيرة للقول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور حكم الشفعة أو من وقت البيع . وتكاد تنحصر هذه الأهمية ، بعد الحلول العملية التي وضعها المشرع ، في مسألة الثمار . وهي المسألة التي كاد المشرع أن يضع لها هي الأخرى نصاً ولكنه لم يتمكن من تحقيق بغيته . وسنرى أن الخلاف إنما يثور في شأن هذه المسألة . ولم تر محكمة النقض حاجة لتقرير أن حكم الشفعة منشئ إلا في صدها . أما بقية المسائل فقد وضع المشرع لها . كما قدمنا ، حلولاً مستقرة ثابتة ، ولا يكاد يثور في شأنها أي خلاف .

ونفصل الآن ما أحملناه .

(١) انظر آنفاً ص ٧١٠ هامش ١ .

المطلب الثاني

عبرة الشفع بالبائع والمشتري وبالفير

§ ١ - عبرة الشفع بالبائع

٢٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٥ مدني على ما يأتي :

- ١ - « يحل الشفع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .
- ٢ - « وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » .
- ٣ - « وإذا استحق العقار للفير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٥) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٣ : يحل الشفع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعنه من الحقوق . على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفع من هذا التأجيل إلا برضاء البائع . وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للفير ، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع .

(٣) تقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ (مضيق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يعتبر الشفع أنه قد اشترى من المشتري ، ويكون للشفعة بينهما مفاعيل البيع نفسه - ولا يحق للشفع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه في العقد لمصلحة المشتري في دفع الثمن ، إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة . وفيما عدا الأجل المنصوص عليه في العقد ، لا يجوز للمحكمة -

ويخلص من هذا النص أنه متى ثبت الشفع حق في الشفعة ، رضاء أو قهراً ، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشتري إلى أن يكون بين البائع والشفيع . ويعتبر الشفع هو المشتري منذ البداية ، إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع . ويحتقن شخص المشتري من الصفقة ، ولا يتوسط بين البائع والشفيع . ولا يعتبر أن هناك بيعاً أولاً انعقد بين البائع والمشتري ، ثم أعقبه بيع ثان انعقد بين المشتري والشفيع ، فباع البائع للمشتري ثم باع المشتري للشفيع ، بل هو بيع واحد انعقد بين البائع والشفيع فقامت بينهما صلة مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما قدمناه أن العلاقة ما بين الشفع والبائع محددها عقد البيع وقد أصبح فيه الشفع مشترى ، ويحل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما يقول النص (م ١ / ٩٤٥ مدني) . ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفع بجميع التزامات البائع ، كما يلتزم الشفع نحو البائع بجميع التزامات المشتري (١) .

— أن تمنح الشفع مهلة للدفع . (وقانون الملكية العقارية اللبناني يختلف عن التقنين المصري في أن القانون الأول يجعل الشفع مشترى من المشتري لامن البائع ، لاشترى من البائع رأساً كما هو الأمر في التقنين المصري . ويختلف كذلك في أن المحكمة أن تستحق لمصلحة الشفع الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن على أن يقدم الشفع ضماناً ، وفي التقنين المصري لا ينتفع الشفع بالأجل إلا برضاء البائع) .

(هـ) وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى ، بالرغم من قضائها بأن حلول الشفع محل المشتري إنما يقع عند صدور حكم الشفعة إذا أن هذا الحكم في رأيها منتهى لا كاشف . فقضت بأن الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فنزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلة في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيق ضروري فيها ، حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض ، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائنة بينهم هم الثلاثة كذلك (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣) . وقضت أيضاً بأنه يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فنزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلة في تلك الحقوق بالشفيع (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) .

والتزامات البائع هي نقل ملكية المبيع ، والتسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . والتزامات المشتري هي دفع الثمن والفوائد إذا كان لما مقتض ، وتسليم المبيع . فتستعرض هذه المسائل على التعاقب .

٢٣٤ - التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع : يصبح البائع مدينا بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . ولما كانت ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن الشفيع يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي قدمناه^(١) ، فتنقل إليه الملكية رأسا من البائع . ويقوم مكتب الشهر المختص بالتأشير على هامش تسجيل إعلان الرغبة بما يفيد صدور هذا الحكم النهائي . وكذلك يتولى المكتب إجراء التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع الذي صدر أولا من البائع إلى المشتري إذا كان المشتري قد قام بتسجيل هذا العقد^(٢) .

أما إذا تمت الشفعة بالتراضي ، وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم تسجيله . فإنه يكفي في هذه الحالة أن يوقع المشتري إقرارا بتسليمه الشفعة للشفيع . ويكون هذا الإقرار موثقا أو مصدقا على التوقيع فيه . وتؤكد مأمورية الشهر من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، لتستوثق من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالا لحق الشفعة . وليس يبيع جديد صادر من المشتري إلى الشفيع . ثم يقدم الإقرار إلى مكتب الشهر المختص لتسجيله . والتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد البيع وعلى هامش تسجيل إعلان الرغبة . فإذا كان عقد البيع الصادر إلى المشتري لم يسجل . فإن الإقرار في هذه الحالة يجب أن يكون موقعا من البائع والمشتري و لشفيع . ويكون موثقا أو مصدقا على التوقيعات فيه . ويجوز أن يخرج عقد بيع من البائع رأسا للشفيع . ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتا لتسليمه بالشفعة . ويكون عقد البيع موثقا أو مصدقا على التوقيعات فيه . ويسجل الإقرار أو عقد البيع ، ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل إعلان الرغبة ، على النحو الذي سبق بيانه^(٣) . وإذا وقع

(١) أنظر آتية فقرة ٢٢٣ .

(٢) محمود شوق في التبرير العقارى علما وعلا ص ٢٤٩ .

(٣) أنظر في ذلك محمود شوق في التبرير العقارى علما وعلا ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ .

المشتري الإقرار أو عقد البيع ، وأبى بعد ذلك أو أبى البائع القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل كأن امتنع أحدهما عن التصديق على امضاءه ، جاز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري على كل من المشتري والبائع ، فإذا حصل على حكم بذلك سجله فتنقل إليه الملكية (١) .

فإذا سجل الشفيع حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري على الوجه الذي سبق بيانه ، وانتقلت إليه الملكية ، فإنها تنتقل من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . فالملكية إذن لا تنتقل من وقت البيع ، ولا من وقت إعلان الرغبة في الشفعة ، ولا من وقت تسجيل هذا الإعلان ، بل ولا من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة ، وإنما تنتقل من وقت تسجيل هذا الحكم النهائي أو تسجيل الإقرار بالشفعة من المشتري . والوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري لا أهمية له في تحديد وقت انتقال الملكية . وسواء حل الشفيع محل المشتري من وقت البيع على الرأي الذي نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة على الرأي الذي نقول به بحكمة النقض ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون ، فإن الملكية في جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا من وقت تسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة وهذا ما تفرضه أحكام التسجيل . أما فيما بين الشفيع وبين البائع والمشتري وهم ليسوا من الغير على الرأي الذي نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض ، ولكنها تنتقل في رأينا من وقت البيع لا من وقت التسجيل .

ومتى انتقلت الملكية إلى الشفيع على النحو الذي قدمناه ، فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار المشفوع فيه متى شاء وكيف شاء ، فإنه قد أصبح مالكا

(١) وإذا أنكر البائع والمشتري ، في دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع عليهما ، وقوع البيع بينهما حتى يتفاديا أخذ الشفيع بالشفعة ، كان للشفيع أن يثبت هذا البيع بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البيعة واقرائن ، لأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً ص ٥٠٩ - وقارن محمد على ٢ فقرة ٣١٦ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٦ : ويذهب إلى أن الشفيع ، إذا كان عقد البيع لم يسجل ، يطلب الحكم بصحة التعاقد في صحيفة دعوى الشفعة . ونرى أنه لا حاجة لتسجيل عقد البيع والتمهيد لذلك بطالب الحكم بصحة التعاقد . فإنه من الجائز تسجيل حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري دون أن يكون عقد البيع مسجلاً كما قدمنا في المتن) .

للعقار وللمالك أن يتصرف في ملكه . ولا يعترض على ذلك بأن الشفع إنما أخذ العقار بالشفعة ليستبقه لا ليتصرف فيه ، وإلا كان مضارباً يستغل حقه في الشفعة للكسب والربح . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن القضاء للشفيع بالشفعة أو تراضيه عليها مع المشتري معناه أنه لم يكن متمسكاً في طلبها ولم يقصد الاستغلال ، فإذا ما أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه صارت له جميع حقوق المالك ، وأخصها حقه في التصرف في ملكه (١) .

٢٣٥ - التزام البائع بتسليم العقار للمبيع إلى الشفع - تبعة الزهرك

قبل التسليم : والمفروض هنا أن العقار المشفوع فيه لا يزال في يد البائع ، ولم يسلمه للمشتري . فيلتزم في هذه الحالة بتسليمه للشفيع ، لأنه هو المشتري بعد أن أخذ

(١) وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع أن يتخذ من حقه وسيلة للمضاربة ، ولكن بعد أن يثبت للشفيع الحق بالرضاء أو بالقضاء له أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للمشفوع فيه . وله إذن حرية التصرف في العين التي يمت له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ، ولا يشترط أن يشفع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه (نق سوفي الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحللة ٣ رقم ٢٥١ ص ٤٢٠) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٥ .

ولكن قبل الحكم بالشفعة ، إذا ثبت أن الشفع قد قصد المضاربة والاتجار ، فتواطأ مع أجنبي على أن يقدم له المال اللازم للأخذ بالشفعة في مقابل أن يشاركه في الصفقة ، فإن هذا التعاقد مع الأجنبي يكون باطلا لقيامه على سبب غير مشروع (استئناف وطني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٤ ص ١٧٢) . وقد قضى بأنه يجب رفض طلب الشفعة ، إذا ثبت أن الشفع قد اتفق مع شخص آخر على أن يقدم له الثمن الذي يأخذ به الصفقة بالشفعة في مقابل أن يأخذ هذا الشخص الآخر جزءاً من العقار المشفوع فيه (محكمة الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حق الشفع في الأخذ بالشفعة يسقط ، إذا ثبت أنه عندما علم بالشراء أظهر رغبته في عدم الأخذ بالشفعة ، وأنه مارفح المدعى بعد هذا النزاع إلا لفائدة شخص آخر أراد أن يجعله سيلا لتملك العقار المشفوع فيه (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤) . وانظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦١ . وانظر عكس ذلك وأن الشفعة صحيحة حتى لو ظهر أن الشفع أخذ الثمن من الغير وقاسه العقار المشفوع فيه : استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٢ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٠ .

العقار بالشفعة . وكل ما ذكرناه عند الكلام في عقد البيع ، في شأن التزام البائع بتسليم المبيع ، ينطبق هنا^(١) . ونشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه . وملحقات العقار المشفوع فيه هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد البائع والمشتري (م ٤٣٢ مدني) . ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع (م ١/٤٣٥ مدني) . ويتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم المبيع في ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه . ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه ، فعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسلم العقار . وإذا تأخر البائع عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر .

ولما كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية وهو التزام بتحقيق غاية ، فإن البائع إذا لم يسلم العقار المشفوع فيه للشفيع ، حتى لو كان راجعا إلى سبب أجنبي ، كأن كان العقار بناء فاحترق قضاء وقدر ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يحم بالتزامه بالتسليم ، فيصبح مسئولاً عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع ، لا على الشفيع . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في البيع يجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، فنصت المادة ٤٣٧ مدني على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » . وتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع لا على الشفيع ، حتى لو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع . أما إذا تسلم

(١) أنظر الوسيط : فقرة ٢٩١ وما بعدها .

الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن تبعة الهلاك تكون عليه حتى لو كان لم يسجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فلم تنتقل الملكية إليه . ونرى من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لامع انتقال الملكية . فتبعه هلاك العقار المشفوع فيه تكون على البائع قبل التسليم ولو انتقلت الملكية إلى الشفيع ، وتكون على الشفيع بعد التسليم ولو لم تنتقل إليه الملكية . ومعنى أن البائع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار وهو لا يزال في يده لم يسلمه إلى الشفيع ، فإن كان قد قبض الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة (أو تسلمه من المشتري أو من الشفيع في حالة الشفعة بالتراضى) ، وجب عليه أن يردده للشفيع ، وإن كان لم يقبضه لم تجز له مطالبة الشفيع أو المشتري به . ومعنى أن الشفيع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار بعد أن يكون قد تسلمه ، جاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك ، فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده . وإذا أعذر البائع الشفيع لتسلم العقار ، فن وقت الإعذار يعتبر العقار في حكم المسلم للشفيع . فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلى فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع . وفي هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » ، أى أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع .

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا في قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم ، وعلى الشفيع بعد التسليم . وتنص المادة ٤٣٨ مدنى في هذا المعنى على أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » . فتكون تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم العقار على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها في حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية . وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يتم به البائع كان مستولا . حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فتكون التبعة عليه هنا كما كانت التبعة عليه في الهلاك الكلى . وينبئ على ذلك أن الشفيع ، في حالة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة

قبل تسليم العقار إليه ، يكون بالخيار بين الفسخ (١) أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان للهلك أو نقص القيمة لم يبلغ من الحسامة قدر بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للشفيع حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط . وغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر الشفيع لتسلم المبيع ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة ، إذا طرأ بعد ذلك على العقار قبل أن يتسلمه الشفيع فعلا ، يتحمل الشفيع تبعته كما يتحملها في الهلاك الكلي على ما أسلفنا (٢) .

٢٣٦ - التزام البائع بمحماله التعرض والاستحقاق للشفيع : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني تنص صراحة على أنه إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع . ورأينا (٤) أن هذا النص هو الذي يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يختفي من الصفقة فتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فالبايع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشتريا بضمان التعرض والاستحقاق ، وتسرى هنا أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، لأن الشفيع قد حل كما قدمنا محل المشتري فيرجع بالضمان على البائع

(١) وإذا فسخ الشفيع ، لم يكن للمشتري الحق في أن يطالب بالعقار المبيع بعد إنقاص الثمن أو حتى بعد دفع الثمن بأكمله ولا بد من عقد جديد بين البائع والمشتري ، يأخذ بموجبه المشتري العقار بالثمن الذي يتفق عليه مع البائع (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٤) .
(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣١٤ - فقرة ٣٢٤ - وأنظر على زكي العرابي فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٤ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٤ . وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٠ (ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في حالة الهلاك . ولا نرى وجهاً لهذا القول بعد أن نص القانون صراحة على أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته ، والمقصود طبعاً بالحقوق والالتزامات تلك التي قررها القانون - لا الفقه الإسلامي - بالنسبة إلى المشتري ، ويدخل في ذلك تحمل تبعه الهلاك . فيجب إذن تطبيق أحكام التقنين المدني ، لا أحكام الفقه الإسلامي ، في تعيين من يتحمل تبعه هلاك العقار المشفوع فيه) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٢ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

كما يرجع المشتري ^(١) . فيرجع الشفيع إذن على البائع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه ، وكذلك بضمان التعرض الصادر من الغير ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق . وتنص المادة ٤٣٩ مدني في هذا المعنى على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع محتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

فكما يتعلق بضمان البائع لتعرضه هو . يتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . ويستوى في ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) ، أو أن يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) . فالتعرض المبنى على سبب مادي إما أن يقوم على أعمال مادية محضة ، أو أن يقوم على تصرفات قانونية . فالتعرض الذي يقوم على أعمال مادية مثله أن يكون البائع قد باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، وأخذ الأرض شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يلفي الميدان ويقسمه أجزاء لبيعه لأن في ذلك حرمان الشفيع من الانتفاع بمنظر الميدان ، ويكون البائع في هذه الحالة ملزماً بضمان التعرض المبنى على عمل مادي صادر منه هو ^(٢) . والتعرض الذي يقوم على تصرفات قانونية مثله أن يرهن البائع العقار بعد بيعه ، ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فيسري الرهن في حق الشفيع . فهنا يقع تعرض من جانب الدائن المرتهن وهو تعرض صادر من الغير ، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن الدائن المرتهن في تعرضه قد

(١) نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ - وحتى لو كان المشتري هو الذي قبض الثمن من الشفيع ، فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق ، فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو (أي المشتري) على البائع . بل يرجع الشفيع رأساً على البائع ، لأن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع منذ إبرامه ، وهو يبيع واحد اعتبر بعد الأخذ بالشفعة صادراً مباشرة منذ البداية من البائع إلى الشفيع ، لا يبيع صادر من البائع إلى المشتري ثم يبيع نال صادر من المشتري إلى الشفيع . أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٧ .

(٢) أنظر بابتة إلى المشتري استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ، ص ٢٥٠ .

استمد حقه من البائع ، وتعرض البائع في هذه الحالة يقوم على تصرف قانوني
لا على عمل مادي . يبقى تعرض البائع المبني على سبب قانوني ، ويتحقق إذا
ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع ، سواء كان الحق
المدعى به سابقا على البيع أولا حقا له . مثل الحق السابق على البيع أن يكون
البائع قد أفرز عقارا بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باع العقار فأخذه شفيع
بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يطالب بإبطال القسمة لئلا يبطل البيع فتبطل
الشفعة ، فيكون هذا تعرضا من البائع للشفيع مبنيًا على سبب قانوني سابق على
البيع . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له فيأخذ
شفيع بالشفعة ، ثم يصبح البائع مالكا للعقار بالإرث أو بالشراء مثلا ، فيحتج
على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ، فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع
دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه هو بسبب قانوني لاحق للبيع .
وقد لحا القانون في هذه الحالة إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا
البيع ، وهو بيع ملك الغير ، تنتقل إلى المشتري أي إلى الشفيع إذا آلت ملكية
المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) . والتزام البائع بعدم
التعرض للشفيع التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للشفيع
في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة
سنة وهي مدة التقادم . فإذا أخل البائع بالتزامه بأن تعرض فعلا للشفيع ، تولد
عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام
الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به الشفيع في خلال خمس
عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا سقط بالتقادم . وتختلف طريقة تنفيذ
هذا الالتزام الجزائي باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا
كان تعرض البائع للشفيع قائما على أعمال مادية محضة ، كإلغاء البائع للميدان
الذي بطل عليه العقار المشفوع فيه ، وجب على البائع تعويض المشتري عما
عما أصابه من الضرر ، وجاز في الوقت ذاته أن يطلب الشفيع التنفيذ العيني
لالتزام البائع فيجبره على إعادة الميدان إلى ما كان عليه . وإذا كان تعرض
البائع قائما على تصرف قانوني صادر منه هو ، كرهته العقار المشفوع فيه وقيد
هذا الرهن قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فلا مناص من سريان الرهن

في حق الشفيع ، ويرجع الشفيع في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للعقار استحقاقا جزئيا كما سيأتى ، أو بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو لأن الدائن المرتهن استمد حقه من البائع نفسه . وإذا كان تعرض البائع مبنيا على سبب قانوني بأن ادعى حقا على المبيع سابقا على البيع أولا حقا له ، فالجزء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع بهذا الحق ، فإذا ادعى الملكية وأراد الاسترداد لم يستطع أن يسرد : لأن من وجب عليه الضمان لم يجوز له الاسترداد . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع : إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه : فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . والاتفاق على زيادة الضمان أو على إنقاصه جائز ، فيزيد الضمان أو ينقص تبعا لذلك بالنسبة إلى الشفيع . أما الاتفاق على إسقاط الضمان فغير جائز . وقد نصت المادة ١/٤٤٦ مدني على أنه : إذا اتفق على عدم الضمان . بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله هو . ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك . فإذا كان البائع لا يستطيع أن يحتج على المشتري بالاتفاق على إسقاط الضمان ، فإنه لا يستطيع كذلك الاحتجاج بهذا الاتفاق على الشفيع (١) . وفيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير : يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنيا على سبب قانوني أو مبنيا على سبب مادي ، أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانوني . فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع ، وما دام الغير لا يدعى أن له حقا على المبيع فالشفيع وشأنه مع المتعرض يدفع تعرضه بالوسائل التي أعطاها إياه القانون . فإذا ادعى الغير حقا على العقار المشفوع فيه ، فهذا هو التعرض المبني على سبب قانوني ويلتزم البائع بضمانه . ويشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع ، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع . فإذا كان الحق تاليا للبيع وغير مستمد من البائع لم يلتزم البائع بالضمان . ومثل الحق السابق على البيع أن

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٣٦ :

يكون البائع قد باع عقارا في حيازة الغير ، فأخذه شفيع بالشفعة ، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم الطويل أو التقادم القصير . فهنا يدعى الحائز حقا على العقار سابقا على البيع ، وهو حق الملكية الذي كسبه بالتقادم . فيكون البائع ضامنا للشفيع هذا التعرض . ومثل الحق التالي للبيع وهو مستمد من البائع أن يكون البائع قد باع عقارا فأخذه شفيع بالشفعة ، وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . فهنا يدعى الدائن المرتهن حقا على العقار لا حقا للبيع ولكنه مستمد من البائع ، وهو حق الرهن الذي قيده قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيكون البائع ضامنا أيضا هذا التعرض للشفيع . ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو المتقدم : فإن البائع يجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا ، بأن يجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه ويتزل عن ادعائه (١) . فإذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بأثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعرض الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق . وهو إما أن يكون ضمانا عن استحقاق كلي ، أو ضمانا عن استحقاق جزئي . ففي الضمان عن الاستحقاق الكلي ، نصت المادة ٤٤٣ مدني على أنه « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري (وهنا المشتري هو الشفيع) أن يطلب من البائع : ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية . ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق . عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ . ٥ - ويوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » (٢) .

(١) أنظر في تنفيذ الضمان تنفيذاً عينياً بطريق تدخل البائع ما سبق بيانه في هذا الشأن عند

الكلام في البيع (الوسيط : ٣٤٧ - ٣٤٠) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : ٣٥٢ .

وفي الضمان عن الاستحقاق الجزئي ، نصت المادة ٤٤٤ مدني على أنه « إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري (الشفع) قد بلغت قدرها لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » (١) . وقد يتوق الشفع استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مقابل للمستحق ، وفي هذه الحالة تنص المادة ٤٤٢ مدني على أنه « إذا توى المشتري (الشفع) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (٢) . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو بإسقاطه ، فيسري هذا الاتفاق على الشفع لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلاً أيضاً بالنسبة إلى الشفع . وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي ، كان مع ذلك مستولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . فتسري هذه الأحكام أيضاً على الشفع وقد حل محل المشتري ، ويعتد في العلم بسبب الاستحقاق وفي الثراء مع سقوط الخيار بالمشتري لا بالشفيع . وفي هذا كله تنص المادة ٤٤٥ مدني على أنه « ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : فقرة ٣٥٣ - وإذا د الشفع المقار البائع بموجب هذه الأحكام ، لم يجوز للمشتري أن يأخذ المقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصل وإذا أراد أخذه ، كان ذلك بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الهلاك الجزئي إذا رد الشفع المقار البائع (أنظر آنفاً ص ٧٤ هامش ١) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : فقرة ٣٥٤ .

الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .
 ٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . وتنص المادة ٢/٤٤٦ مدني على ما يأتي : « أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار (١) » .

٢٣٧ - التزام البائع : ضمان العيوب الخفية للشئ : ويلتزم البائع أخيراً - مباشرة نحو الشئ وحده - بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه . ورجوع الشئ المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية ، كرجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض والاستحقاق ، دليل قاطع على أن الشئ قد حل محل المشتري من وقت البيع . وقد نصت المادة ٤٤٧ مدني في خصوص ضمان العيوب الخفية على أن « ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري (وقد حل محل الشئ) وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .
 ٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلوه المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » . فالعيب في العقار المشفوع فيه ، حتى يوجب الضمان ، يجب أن يكون مؤثراً ، وأن يكون قد بدأ أي موجوداً في العقار قبل تسليمه للمشتري أو للشئ ، وأن يكون خفياً فإذا كان ظاهراً وقت أن تسلم العقار المشتري أو الشئ ورضى به هذا أو ذاك لم يضمنه البائع (٢) . وأن يكون غير معلوم للمشتري وقت أن تسلم العقار فإذا كان

(١) انظر في تفصيل ذلك الوسيط : فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٩ - وانظر في تفصيل ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير الوسيط : فقرة ٣٣٧ - فقرة ٣٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٧ ص ٤٨٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٢٨ .

(٢) فإذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري - لا الشئ - كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادي ، فلا ضمان على البائع . ومع ذلك -

الشفيع هو الذى تسلمه مباشرة من البائع وجب أن يكون العيب غير معلوم له (١). فإذا وجد بالعقار عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة ، وجب على الشفيع المبادرة إلى إخطار البائع به ، فإذا ما أخطره ، كان له أن يرجع عليه بالضمان . ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، وبين ما إذا كان العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد . ففي الحالة الأولى يكون الشفيع مخيراً بين رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلى (٢) ، وبين استبقاء العقار مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . وفي الحالة الثانية لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٣) .

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري ، فإذا لم يسلم إلى المشتري فن وقت تسليمه رأساً إلى الشفيع . وقد نصت المادة ٤٥٢ مدنى في هذا الصدد على أن ١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم ، إذا ثبت أنه تعد إخفاء العيب غشاً منه (٤) .

— يجب الضمان على البائع في هذه الحالة إذا أثبت الشفيع أحد أمرين إما أن يكون البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب المعلن الذى وجد به بعد ذلك ويستطيع الشفيع أن يثبت هذا التأكيد من البائع للمشتري بجميع طرق الإثبات ، أو أن البائع قد تعد إخفاء هذا العيب عن المشتري غشاً منه والشفيع أن يثبت ذلك أيضاً بجميع طرق الإثبات .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٦٥ - فقرة ٣٦٨ .

(٢) ولا يجوز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه في هذا الفرض بموجب عقد البيع الأصل ، فإذا أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الملاك الجزئى وفي الاستحقاق الجزئى إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر أيضاً د ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١) .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٤ .

(٤) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٧ .

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، إما بزيادة الضمان أو بإقصائه أو بإسقاطه، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري. على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في العقار المشفوع فيه غشا منه، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلا أيضا بالنسبة إلى الشفيع. وتنص المادة ٤٥٣ مدني في هذا الصدد على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه» (١).

٣٨٢ - التزام الشفيع برفع الثمن للبائع - الثمن المؤجل - الفوائد :

والمفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشتري، فإذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة، أصبح ملتزما بدفع الثمن للبائع. وغنى عن البيان أن مقدار الثمن يكون قد تعين إما في الحكم القاضي بالشفعة (٢)، أو بالتراضي بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضي في الحالة الأولى، حالة الحكم بالشفعة، يكون الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة (٣)، فما على البائع إلا أن يسحب من خزانة المحكمة ما أودعه الشفيع، ويكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن (٤). وقد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٨ - فقرة ٣٧٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها.

(٤) ولم يكن الشفيع ملزماً، بحسب قانون الشفعة السابق، بإيداع الثمن خزانة المحكمة فكان البائع يستطيع التنفيذ بالثمن على أموال الشفيع بموجب الحكم القاضي بالشفعة، ولم يكن في حاجة إلى رفع دعوى جديدة بالثمن. وقد قضى، في عهد قانون الشفعة السابق، بأن الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى في الوقت نفسه بدفع الثمن، فليس المشتري في حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة، وإنما إذا تعلل الشفيع في حبس الثمن بوجود دين على العين تعين صدور حكم باستمرار التنفيذ (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣). فلا محل إذن لتكليف المشتري رفع دعوى جديدة بالثمن لأن الثمن مقضى به في حكم الشفعة، وقد أصبح مقدراً غير متنازع فيه، بل إن رفع دعوى جديدة في شأنه تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠).

التمن الحقيقي ، بأن يكون قد أودع التمن المذكور في العقد ثم أثبت في دعوى الشفعة أن ما ذكر في العقد أكثر من التمن الحقيقي ، فن حقه أن يسحب من خزانة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين التمن الحقيقي . بل له أن يتقاضى تعويضاً من البائع والمشتري متضامين على أساس المسؤولية التقصيرية لأنهما تواطأ معا على ذكر تمن في العقد أكبر من التمن الحقيقي ، فيحكم له بالفوائد القانونية للزيادة التي أودعها من وقت الإيداع إلى وقت سحبها من خزانة المحكمة . ويحدث أن يودع الشفع التمن المذكور في العقد ، ثم يثبت المشتري أو البائع أنه أقل من التمن الحقيقي (١) ، وعند ذلك يكون الشفع ملتزماً بدفع الباقي من التمن للبائع . أما في الحالة الثانية ، حالة التراضي على الشفعة ، فإن الشفع يكون ملتزماً بدفع كل التمن المتفق عليه للبائع ، لأنه لا يكون قد أودع شيئاً من التمن خزانة المحكمة .

وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفع بدفعه للبائع ، كل التمن أو الباقي منه ، فانه يلتزم بدفعه فوراً . وهذا حتى لو كان البائع قد اتفق مع المشتري في الأصل على تأجيل التمن ، فليس للشفع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٤٥ مدني تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « وإنما لا يحق له (لشفيع) الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع التمن ، إلا برضاء البائع » . والسبب في ذلك واضح ، فإن البائع قد يضع في المشتري ثقة لا يضعها في الشفع فيقبل أن يؤجل التمن للأول دون الثاني ، وقد تربطه بالمشتري دون الشفع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل التمن للمشتري . فتأجيل التمن أمر منظور فيه لاعتبارات تتعلق بشخص المشتري ، فلا تتعدى هذه الاعتبارات إلى شخص الشفع . ومع ذلك قد يرضى البائع ، كما يقول النص سالف الذكر ، بتأجيل التمن للشفع أيضاً لأسباب يراها مبررة لذلك ، فيتأجل التمن على الشفع على النحو الذي رضى به البائع (٣) . ورضاء البائع بتأجيل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٣) نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمود رقم ٥ ص ٩ - استئناف مصر

١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ - استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١

التمن للشفيع إنما يأتي بعد الأخذ بالشفعة ، أما في أثناء إجراءات دعوى الشفعة فيجب على الشفيع أن يودع كل التمن خزانة المحكمة حتى لو كان البائع راضيا بتأجيل التمن وقد سبق بيان ذلك (١) . فإذا ما ثبت حق الشفيع في الشفعة ، ورضى البائع بتأجيل التمن أو تقسيطه ، استطاع الشفيع أن يسحب التمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (٢) . هذا إذا أخذ الشفيع الشفعة قضاء ، فان أخذها بالتراضي فان التمن يكون مؤجلا أو مقسطا تبعا لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع .

وفي المدة التي يودع فيها التمن خزانة المحكمة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة وتمكن البائع من سحب التمن ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن التمن ، لأن تعطيل التمن لم يكن بخطأه فقد أودعه خزانة المحكمة وكان على البائع والمشتري أن يسلموا له بالشفعة فيقبض البائع التمن فوراً (٣) . وإذا كان المشتري دون البائع هو الذي لم يسلم بالشفعة ، كان رجوع البائع بالفوائد مدة تعطيل التمن في خزانة المحكمة على المشتري لا على الشفيع . فإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة ، بالتقاضي أو بالتراضي ، وبقي التمن أو بعضه في ذمة الشفيع للبائع لسبب من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فان استحقاق البائع للفوائد تسري في شأنه القواعد العامة . وتنص المادة ٤٥٨ مدني في هذا الصدد على أنه ١ - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن التمن ، إلا إذا أعذر المشتري (وقد حل محله الشفيع) أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ونخلص من هذا النص أنه إذا كان الشفيع لم يدفع التمن إلى البائع ، سواء كان التمن حالاً واجب الأداء فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٣ .

(٢) انظر آنفاً ص ٦٦٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ .

فإن الشفع لا يكون مستولاً عن فوائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث : (١) إذا وجد اتفاق بين البائع والشفيع ، عند تأجيل الثمن مثلاً أو تقسيطه ، على أن الشفع يدفع فوائد عن الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا يجوز أن تزيد على ٧٪ ، والاتفاق هو الذي يحدد من أي وقت تسري الفوائد المتفق عليها (١) . (٢) فإذا لم يوجد اتفاق على الفوائد ، كانت الفوائد مستحقة من وقت تسلم الشفع للعقار المشفوع فيه إذا كان هذا العقار قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، والفوائد المستحقة في هذه الحالة هي الفوائد القانونية . (٣) فإذا لم يتسلم الشفع العقار المشفوع فيه أو تسلمه ولم يكن قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، ولم يكن هناك اتفاق على دفع فوائد ، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع الشفع أن يدفعه ، فمن وقت الإعذار إلى وقت الدفع تجب الفوائد القانونية (٢) . وجزاء إخلال الشفع بالتزامه من دفع الثمن والفوائد تسري في شأنه القواعد العامة ، فالبائع حق الفسخ (٣) ، كما له أن يجسر العقار

(١) وينبغي أن يتفق البائع مع الشفع على دفع فوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، وعلى أن تسري الفوائد من وقت البيع إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع ، في الشفعة بالتراضي مثلاً ، من أن يشترط على الشفع دفع فوائد اتفاقية حتى لو كان الثمن قابلاً واجب الدفع فوراً . فيكون على الشفع أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد . فإن تأخر في الدفع كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك التوسيط : فقرة ٣٩٤ .

(٣) وإذا فسخ البائع لم يجوز المشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلي ، فإن أراد أخذه لم يجوز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الهلاك الجزئي والاستحقاق الجزئي والعيوب الخفية إذا رد الشفع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١ وص ٧٥٢ هامش ٢) .

وإذا رفع البائع دعوى الفسخ ، كان للشفيع ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يتوق الفسخ بدفع الثمن إلى وقت صدور الحكم النهائي في دعوى الفسخ . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحكم النهائي التقاضي بالشفعة يعتبر سداً للملكية المحكوم له للمعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المين في الحكم . فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع الثمن ، ورفضت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن ، فإن هذه الدعوى هي ، حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك . والمحكوم له بالشفعة أن يتوق الفسخ بدفع الثمن -

في يده حتى يستوفي الثمن والفوائد ، وله حق امتياز البائع على هذا العقار (١) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تقضي بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا . واستحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع وباعتباره مالكاً بملك ثمر ملكه ونماءه ويكون عليه تكاليفه (٢) . ويترتب على ذلك أن الشفع ، بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يستولي على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار . وهنا تظهر الأهمية العملية في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية العقار إلى الشفع ، فإن الشفع يملك الثمار من هذا الوقت (٣) . وقد رأينا أن لمحكمة النقض في هذه المسألة قضاء مستقرا ، يطبق عادة عند تسليم العقار المشفوع فيه للمشتري فيقبض هذا ثماره ويطالبه الشفع بردها ، فخرجت بحث المسألة إلى حين الكلام في علاقة الشفع بالمشتري (٤) . أما هنا فنقتصر على تملك الشفع للثمار ، إذا كان العقار لا يزال في يد البائع ولم يتسلمه المشتري . ففي هذه الحالة ، وقد حل الشفع محل المشتري ، فإنه يملك الثمار وهي في يد البائع من الوقت الذي كان المشتري يملكها فيه . ونقضي المادة ٤٥٨ / ٢ مدني كما رأينا بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . فيتملك الشفع ، وقد حل محل المشتري كما قدمنا ، الثمار وهي في يد البائع من وقت تمام البيع ، فله

— المحدد في حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٥ ص ١١٣٤) . وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٧ ص ٨٩ .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٠١ - فقرة ٤١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٨٢ وفقرة ٣٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٢٤٥ .

أن يطالب البائع بها . وعليه أن يرد للبائع ، من ذلك الوقت أيضا ، التكاليف كالمضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانه ونفقات الاستغلال ومصرفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (١) .

٢٣٩ - التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه : يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه ، يتسلمه من البائع إذا كان لا يزال في يده ، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه . وقد نصت المادة ٤٦٣ مدني ، في صدد تسليم المشتري (وقد حل محله الشفيع) للمبيع ، على أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع ، وأن يتقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » . والتسليم ، في أغلب صورته ، هو العملية المتممة للتسليم . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع ، والشفيع يلتزم بتسليمه بأن يستولى عليه فعلا . وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن يرفض تسليم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن ، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشتري أو البائع ، وهو قبض الثمن (٢) .

ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، أما نفقات تسامه فتكون على المشتري وقد حل محله الشفيع (٣) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٣ .

(٢) استئناف وطني ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ لاستقلال ٦ ص ٢٩٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٤ - وقارن استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ لاستقلال ٣ ص ٢٦٤ - وقضى أيضا بأنه ليس للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسليم العين ودفع الثمن (مصر الكلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٢٧٦) - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر في تفصيل الالتزام بتسليم البيع الوسيط ٤ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٥ - وقد يوجب عقد البيع على المشتري التزامات خاصة ، يلتزم بها الشفيع لأنه حل محل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع يلتزم بالشرط الوارد في عقد البيع ، والذي يلزم المشتري ببناء منزل للسكنى في الأرض المبيعة في خلال عام من وقت البيع ، وإلا فسخ البيع (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .

§ ٢ - معرفة الشفع بالشترى

٢٤٠ - نص قانونى : تنص المادة ٩٤٦ مدنى على ما يأتى :

- ١ - « إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفع مازماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبالغ الذى أنفقه أو مقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . »
 - ٢ - « وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان للشفع أن يطالب بالإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » (١) .
- ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١٠ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٥٠ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٣ - وفى قانون المالكية العقارية اللبناى لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « أما ما صرف فى حفظ العقار وصيائه ، فليزىم دفعه فى كل الأحوال للمشتري المشفوع منه » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة لأنها تطبق للقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على النص بعد تعديله على هذا الوجه تحت رقم ١٠٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٨) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٠ : إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً ، قبل طلب الأخذ بالشفعة ، يكون الشفع ملزماً ، بناء على رغبة المشتري ، إما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فللشفيع الخيار إذا شاء طلب إزالتها ، وإن شاء طلب بقاءها . وفى هذه الحالة لا يلزم إلا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس . أما ما صرف فى حفظ العقار وصيائه ، فليزىم دفعه فى كل الأحوال للمشتري المشفوع منه . (وأحكام التقنين المدنى الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى ١١٤٣ : ١ - إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس :

والنص يواجه خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشتري . ويمكن القول بوجه عام إن المشتري إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، وعندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه ، أو لا يتسلمه . وفي الحالة الأخيرة ، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة ، فهو قد اختفى من الصفقة كما قدمنا وحل الشفيع محله فيها ، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ عن هذا التسلم حقوق والتزامات لكل منهما قبل الآخر ، وتكاد تنحصر العلاقة بينهما في رجوع المشتري على الشفيع بمصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري عادة في دفعها ، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة رجع بها عليه ، سواء تسلم العقار أو لم يتسلمه . ويستوى في ذلك أن يكون المشتري قد سجل عقد شرائه أو لم يسجله . أما إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ، وهذا هو الغالب ، فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجله ، فإن حقوقاً له قد تنشأ قبل الشفيع ، وتنشأ للشفيع حقوق قبله . ذلك أن المشتري ، وقد اختفى من الصفقة ولكنه تسلم العقار المشفوع فيه ، يمكن اعتباره حائزاً لهذا العقار ، ويكون حائزاً حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة ، وحائزاً سيئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة . وعلى ذلك تكون حقوق المشتري قبل الشفيع ، إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه ، هي : (١) استرداد الثمن إذا كان قد وقاه للبائع ، واسترداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها ؛ (٢) التعويض عن

— فيه أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع المشتري مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ — أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع أن يطلب القلع . وإذا كان القلع مضرّاً بالعقار ، كان له أن يستبق البناء أو الغراس بقيمتيهما مستحق القلع . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين الأول يلزم الشفيع بأن يدفع للمشتري زيادة القيمة في حالة البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة ، أما التقنين المصري فيخير المشتري بين هذه القيمة وقيمة ما أنفق . ويختلفان ، في حالة البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة ، في أن التقنين العراقي يعطى للشفيع إذا كان القلع مضرّاً بالعقار الحق في استبقاء البناء أو الغراس بقيمته مستحق القلع ، أما في التقنين المصري فالشفيع إذا استبق البناء أو الغراس يلتزم بدفع قيمة ما أنفق المشتري) .

قانون الملكية المقارنة البناني لا مقابل .

المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، إذا كان قد أنفق على العقار المشفوع فيه شيئاً من ذلك . (٣) التعويض عن البناء أو الغراس ، إذا كان قد بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه ، طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٩٤٦ مدني سالفة الذكر . وأما حقوق الشفيع قبل المشتري فهي : (١) تسلم العقار المشفوع فيه وما ينطوي عليه ذلك من تحمل تبعة الهلاك ، لأن المشتري وقد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع يلتزم بتسليمه للشفيع . ولا يلتزم المشتري بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها التزامات يتحمل بها البائع رأساً نحو الشفيع ، وقد تقدم القول فيها . (٢) استرداد ثمار العقار المشفوع فيه ، لأن المشتري وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض بثماره . فنبحث هذه المسائل الخمس على التتابع .

٢٤١ - من المشتري في استرداد الثمن منه الشفيع واسترداد

مصروفات البيع : المفروض هنا أن الثمن غير مؤجل ، وأن المشتري قد دفعه للبائع . فإذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء ، فأودع الثمن خزانة المحكمة ، سمح المشتري الثمن من الخزانة ، فاسترد على هذا النحو الثمن الذي سبق أن دفعه للبائع ، وبذلك يكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشتري من رد الثمن إليه . وقد سبق بيان ما يجب خصمه من المبلغ المودع خزانة المحكمة إذا أثبت الشفيع أن هذا المبلغ أكبر من الثمن الحقيقي ، وما يجب إضافته إلى هذا المبلغ إذا أثبت البائع أو المشتري أنه أقل من الثمن الحقيقي ، فنحيل إلى ما تقدم في هذا الشأن (١) . وفى حالة التراضى على الشفعة ، يكون الشفيع ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه للمشتري (٢) . وأياً كان المبلغ الذى يلتزم الشفيع بدفعه ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً للمشتري . ولا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن

(١) أنظر آنفاً ص ٧٥٣ - ص ٧٥٤ .

(٢) وليس للمشتري ، في جميع الأحوال ، أن يطلب من الشفيع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقي الذى اشترى به بدعى أن العقار قد زادت قيمته ، إذا كانت هذه الزيادة نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وليست من فعل المشتري . كذلك لا يجوز للشفيع أن يطلب إنقاص الثمن بدعى أن العقار قد قلت قيمته نتيجة لهذه الأسباب الاقتصادية العامة . أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى

التمن ، إلا في الحالات التي سبق أن بينها في الترام الشفيع بدفع التمن للبائع (١). وإذا أخل الشفيع بالتزامه بدفع التمن وفوائده للمشتري ، وجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان البائع قد استوفى التمن من المشتري كما سبق القول ، فإنه يتمتع الفسخ لعدم رد الشفيع التمن للمشتري (٢) . ذلك بأن المشتري إنما يسترد من الشفيع التمن الذي دفعه للبائع ، لأنه دفع عنه ديناً واجباً في ذمته للبائع ، فيكون رجوع المشتري على الشفيع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . ومن ثم لا يكون للمشتري حق الفسخ كما قلنا ، وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع ، كما أن له أن يحبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع التمن والفوائد (٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨ - وذلك لأن الشفيع قد أودع التمن خزانة المحكة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة وتمكن المشتري من سحب التمن من خزانة المحكة إذا كان قفوفه للبائع ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن التمن ، لأن تعطيل التمن لم يكن خطأ منه ، وقد قررنا مثل ذلك بالنسبة إلى البائع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨) . وعلى ذلك يكون غير صحيح ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن المشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) ، أي من وقت إعلان المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة . فإن المشتري ، من ذلك الوقت ، يكون ملزماً برد الثمار للشفيع (أنظر مايل ص ٧٧٤ ، ولا يجوز له مع ذلك تقاضى فوائد عن التمن من الشفيع ، إذ أن الشفيع يكون قد أودع التمن خزانة المحكة وحرّم نفسه من الانتفاع به ، وذلك بسبب عدم تسليم المشتري بالشفعة عن غير حق . على أن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع إنما كان تفسيراً لما جرى به الحكم في هذا المشروع من أن الشفيع لا يلزم إلا بإيداع ثلث التمن ، ومن ثم يكون ملزماً بدفع فوائد ما لم يودعه من التمن في خزانة المحكة (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٤١ - وانظر هذه المسألة : استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ - استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٥) .

(٢) قارن استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٣ والأحكام المشار إليها فيه .

(٣) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣ . وفي عهد قانون الشفعة السابق وكان لا يلزم الشفيع بإيداع التمن خزانة المحكة قبل رفع دعوى الشفعة ، استقر القضاء على أنه يجوز أن يقترن الحكم بالشفعة بالزام الشفيع بدفع التمن للمشتري في خلال مدة معينة ، وإلا سقط حقه في الشفعة دون حاجة لتفنيه عليه من المشتري ، حتى لو لم ينص الحكم على سقوط الحق جزءاً على عدم الدفع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٨ ص ٤٠١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن وجوب اختصاص البائع والمشتري بدعوى الشفعة لإجراؤه أوجب القانون -

ويسترد المشتري من الشفيع أيضاً مصروفات البيع ، سواء كانت رسمية كرسوم توثيق البيع المشفوع فيه ورسوم الدمغة ورسوم التصديق على الإمضاءات ورسوم التسجيل ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، أو كانت غير رسمية كالسمرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة الأرض المشفوع فيها . وهذه المصروفات التزم المشتري بدفعها عند شرائه العقار ، وقد نصت المادة ٤٦٢ مدني في هذا الصدد على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وعلى هذا يسترد المشتري من الشفيع هذه المصروفات طبقاً للقواعد الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن ، ويكون للمشتري حق التنفيذ على أموال الشفيع وله أن يحبس العقار المشفوع فيه . وقد قدمنا أن الشفيع لا يلتزم بإبداع مصروفات البيع مع الثمن خزانة المحكمة إذا رفع دعوى الشفعة ، وإنما تكون هذه المصروفات محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر الدعوى ، وعلى المشتري أن يثبت مقدار ما أنفقه منها حتى يقضى له به على الشفيع (١) .

٢٤٢ - من المشتري في التصرف عن المصروفات الضرورية

والمصروفات النافعة : وقد يتفق المشتري على العقار المشفوع فيه ، بعد أن يتسلمه من البائع ، مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري حائزاً للعقار المشفوع فيه ، وقد أنفق عليه هذه المصروفات ، فيرجع بها على المالك وهو هنا الشفيع ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . وتنص المادة ٩٨٠ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - على المالك الذي

— على خلاف الأصل الذي يقضي بأن المدعى حر في توجيه دعواه إلى من يشاء ، فلا يجوز للتوسع في مفهوم هذا الاستثناء . ولما كان ذلك ، وكانت دعوى الشفعة تنتهي بصور الحكم فيها ، فإنه لا يشترط لقبول الدعوى التي ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصاص البائع فيها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بملحقات الثمن دون أن يبين مقدارها ، وكان هذا المقدار كما هو ثابت من المستندات المقدمة في الطعن محل نزاع بين الطرفين ، فإن إغفاله يكون قصوراً مستوجباً نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات انضورية ،
 ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ ،
 ٣ - فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع
 ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته
 الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة .
 وتقضي المادة ٩٨٢ مدني بأنه يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه
 مناسباً للوفاء بالمصروفات المتقدمة الذكر ، « وله أن يقضي بأن يكون الوفاء
 على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وللمالك أن يتدخل من
 هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائد »
 بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها .

وستتولى شرح هذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في الحياة وفي علاقة
 الحائز بالمالك . ونقتصر هنا على القول بأن المشتري ، إذا أنفق على العقار
 المشفوع فيه مصروفات ضرورية ، استردّها بأكلها من الشفيع ، وعليه أن
 يثبت مقدار هذه المصروفات ، في أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها ، أو أن
 يرفع بها دعوى على حدة . أما المصروفات النافعة ، فيطبق في شأنها قواعد
 الالتصاق المقررة في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني ، وقد مر ذكرهما عند الكلام
 في قواعد الالتصاق (١) . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه
 المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري برغبة
 الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام
 المادة ٩٢٥ مدني (٢) ، وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان
 المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة سيئ النية وتسرى
 عليه أحكام المادة ٩٢٤ (٣) . وفي الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض
 عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما في أثناء نظر دعوى
 الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس

(١) انظر آتفاً ققرة ١٠٣ - ققرة ١٠٤ .

(٢) انظر آتفاً ققرة ١٠٤ .

(٣) انظر آتفاً ققرة ١٠٣ .

للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها ، سواء أنققت هذه المصروفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة . ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبق المنشآت للكمالية التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى . ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما في أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له ، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية .

٢٤٣ - من المشتري في التعويض والغراس : وقد بيني

المشتري في العقار المشفوع فيه أو يغرس فيه أشجارا ، بعد أن يتسلمه من البائع . وقد تكفلت المادة ٩٤٦ مدني سالفه الذكر ^(١) ببيان ما يرجع به المشتري على الشفيع من التعويض بسبب هذا البناء أو الغراس . ولم يطبق المشرع ، في هذه المادة ، الأحكام العامة في الالتصاق ، بل انحرف عنها كثيرا ^(٢) . فقد ميز بين حالتين : حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة فاعتبر المشتري في هذه الحالة حازا حسن النية ، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بهذه الرغبة فاعتبر في هذه الحالة حائزا سيء النية . ولم تطبق الأحكام العامة في الالتصاق في كلتا الحالتين ، بل عومل المشتري في كل منهما معاملة أفضل مما تقضي به هذه الأحكام . والسبب في ذلك أن المشتري عندما يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه ، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها ، إنما يبني أو يغرس في عقار اشتراه . فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك ، فيبني فيه أو يغرس ، وقد يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد قيل ، في غير انتباه ، عكس ذلك وأن المادة ٩٤٦ مدني تردد المبادئ العامة المقررة في الالتصاق ، في لجنة الأستاذ كامل صدق . إذ قال أحد الأعضاء ، عندما عرض النص على اللجنة ، وإن هذا النص ، وإن كان يردد المبادئ العامة المقررة في باب الالتصاق ، إلا أنه يحسن الإبقاء عليه في باب الشفعة ، إذ أن حذفه قد يدع مجالا لتطبيقات تنجأ هذه المبادئ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٧ في الحاشي) .

كما سئرى . وهو ، حتى بعد إعلائه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب ، قد يكون على حق فى هذه المعارضة ، أو فى القليل قد يعتقد أنه على حق فيها ، فلم يشأ أن يشل نشاطه ، وأقبل يبنى أو يغرس فى العقار المشفوع فيه (١) .

وفى الحالة الأولى ، عندما يبنى المشتري أو يغرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، تنضى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ مدنى كما رأينا بأن المشتري يكون بالخيار بين أن يطالب الشفع بـ ما أنفق فى البناء أو الغراس (٢) أو بمقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ، أى القيمتين أكبر . فهنا قد عومل المشتري فى الشفعة معاملة أفضل من الحائز حسن النية فى الأحكام العامة للالتصاق ، فإن هذا يتقاضى ما أنفق فى البناء أو الغراس أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس أى القيمتين أقل . يضاف إلى ذلك أنه فى الأحكام العامة فى الالتصاق « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الحسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها : كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (م ١/٩٢٥ مدنى) . فيستطيع إذن صاحب الأرض ، فى الأحكام العامة فى الالتصاق ، أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس ، بأن يطلب تملكه الأرض فى نظير تعويض عادل . أما فى الشفعة ، فلا يستطيع الشفع أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس بأن يطلب تملكه العقار فى نظير تعويض عادل ، إذ لم يرد فى الشفعة نص فى هذا المعنى كما ورد هذا النص فى الأحكام العامة فى الالتصاق . والسبب فى ذلك واضح ، فإن الشفع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس ، فإن الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة ، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري فى نظير تعويض عادل . بى أنه فى الأحكام العامة فى الالتصاق ، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التى استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م ١/٩٢٥ مدنى) . وهذا أيضا جائز فى الشفعة ، فيصبح

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد قضى بأن أتعاب المقاول الذى كلفه المشتري قبل إعلائه بطلب الشفعة تحضير رسوم وبيانات عن مصروفات البناء المراد إقامته على الأرض المشفوع فيها تدخل ضمن المبالغ التى يلزم الشفع بدفعها ، ولكن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكاً للشفع (استئناف مخطط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٠٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٠ ص ٥٠٨ .

المشتري ، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة ٩٤٦ مدني ، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله (١) .

وفي الحالة الثانية ، عندما يبنى المشتري أو يفرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، تقضي الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ مدني كما رأينا أنه يصح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض . وإلى هنا يتساوى المشتري في الشفعة مع الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق ، فانه طبقا لهذه الأحكام يجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه (م ٩٢٤ / ١ مدني) (٢) . ولكن يجوز لكل من الشفيع في أحكام الشفعة ولصاحب الأرض في الأحكام العامة في الالتصاق أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس . وفي هذا القرض يعامل المشتري في الشفعة معاملة أفضل من معاملة الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق . فالمشتري في الشفعة ، طبقا لأحكام المادة ٩٤٦ / ٢ مدني ، يتقاضى من الشفيع ما أنفقه في البناء أو الغراس ، أما الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق فلا يتقاضى ، طبقا لأحكام المادة ٩٢٤ / ١ مدني ، إلا أقل القيمتين ، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس (٣) .

٢٤٤ - من الشفيع في تسليم العقار المشفوع فيه المشتري -

نعم الزهرك ولما كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، فانه بعد الأخذ بالشفعة يلتزم بتسليمه للشفيع . وكل ما ذكرناه من أحكام في تسليم البائع العقار المشفوع فيه للشفيع يسرى هنا في تسليم المشتري هذا العقار للشفيع . فالمشتري يلتزم بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد حدد النص لصاحب الأرض ، ليتقدم بهذا الطلب ، ميعاد ستة من اليوم الذي يعلم فيه بقامة المنشآت (م ٩٢٤ / ١ مدني) ، ولم تحدد المادة ٩٤٦ مدني ميعاداً للشفيع لتقديم بنفس الطلب .

(٣) أنظر في كل ما تقدم آنفاً فقرة ١١٣ .

عين له في العقد، وبالملاحقات التي تتبعه . ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتسكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ويحصل هذا التسليم على النحو انذى يتفق مع طبيعة العقار . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فاذا تأخر المشتري عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر (١) .

يبقى أن نحدد على من تقع تبعه هلاك العقار المشفوع فيه ، إذا هلك هذا العقار بسبب أجنبي قبل أن يسلمه المشتري للشفيع (٢) . لا شك في أن هذه التبعة لا تقع على البائع ، فهو قد سلم العقار إلى المشتري فارتفعت عنه بهذا التسليم تبعه الهلاك . ويبقى تحمل التبعة محصوراً بين المشتري والشفيع ، وكثير من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعه هلاك العقار قبل أن يسلمه المشتري للشفيع تقع على المشتري (٣) . وحجتهم في ذلك أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لأنه ملتزم بالتسليم ، وقد أصبح المشتري هو الملتزم بالتسليم فتقع عليه هو تبعه الهلاك .

ولكن يلاحظ على هذا الرأي أن تبعه الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية ، فيكون الالتزام بالتسليم ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية إذ لا تغلص الملكية فعلاً إلا بالتسليم (٤) . أما هنا فالمشتري ليس ملتزماً بنقل الملكية للشفيع ، بل الملتزم بنقلها هو البائع كما قدمنا ، والبائع قد ارتفعت عنه التبعة بتسليم العقار إلى المشتري كما سبق القول . فعلى أي أساس إذن يبنى تحمل المشتري لتبعة الهلاك قبل التسليم ؟ في رأينا أن المشتري لا يتحمل تبعه الهلاك لأنه ملتزم بالتسليم ، إذ التزامه بالتسليم هو التزام مستقل وليس متفرعاً عن التزام بنقل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

(٢) أما بعد تسليمه للشفيع ، ففي عن البيان أن تبعه الهلاك ، كلياً كان الهلاك أجزئياً ، تكون على الشفيع . كذلك تكون تبعه الهلاك الكل أو الجزء على الشفيع حتى لو لم يتسلم العقار من المشتري ، إذا كان المشتري قد أعذره قبل الهلاك بأن يتسلم العقار .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٠ - إسماعيل غانم ص ٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة

فقرة ٢٣٠ ص ٥٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٣ ص ٢٦٢ .

(٤) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ .

الملكية . والأصل أن الذى يتحمل تبعه الهلاك فى هذه الحالة هو المالك (١) ، والمالك هنا هو الشفيع متى سجل سند شفيعته (الحكم بالشفعة أو إقرار المشتري بها) ، فكان ينبغى أن يكون الشفيع هو الذى يتحمل تبعه الهلاك . ولكن المشتري ، قبل تسليمه العقار للشفيع ، يعتبر حائزاً له كما قلنا ، حائزاً حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائزاً سىء النية بعد هذا الإعلان . وقد بين القانون فى نصوص صريحة على من تقع تبعه هلاك الشيء ، إذا هلك وهو فى يد الحائز . فنصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه ١ - إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من قائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف . وعلى ذلك تكون تبعه الهلاك على الشفيع ، إذا هلك العقار بسبب أجنبي وهو فى يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، أى طالما كان المشتري معتبراً حائزاً حسن النية (٢) . وتنص المادة ٩٨٤ مدنى على أنه ١ - إذا كان الحائز سىء النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه . وعلى ذلك تكون تبعه الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو فى يده بعد إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، أى عندما يعتبر حائزاً سىء النية . وسنعود إلى بحث المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدنى عند الكلام فى الحيابة وفى علاقة الحائز بالمالك (٣) ، ونقتصر هنا على القول بأن هاتين المادتين هما المنطقتان ، فى رأينا ، فى حالة هلاك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبي وهو لا يزال فى يد المشتري قبل أن يسلمه للشفيع (٤) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ ص ٦٠٨ .

(٢) ويلاحظ ، من الناحية العملية ، أنه إذا هلك العقار وهو فى يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وعلم الشفيع بهذا الهلاك ، فانه لا يقدم على طلب الشفعة فى عقار قد هلك ويتحمل هو تبعه هلاكه . لذلك لن يطلب الشفيع الشفعة فى هذه الحالة ، ويبقى البيع قائماً بين البائع والمشتري ، ويتحمل المشتري تبعه هلاك العقار بعد أن تسلمه من البائع .

(٣) أنظر مايل فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .

(٤) ولما كان المشتري قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة يتحمل تبعه الهلاك من الناحية العملية -

وإذا كان الهلاك جزئياً أو نقصاً في قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، وكان ذلك قبل إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة ، فإن التبعة تكون على الشفيع كما هو الأمر في الهلاك الكلي . أما إذا وقع الهلاك الجزئي أو النقص في قيمة العقار بعد إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة ، فإن التبعة تكون على المشتري كما هو الأمر أيضاً في الهلاك الكلي ، ويجوز للشفيع : إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن ، (م ٤٣٨ مدني) (١) .

٢٤٥ - من الشفيع في استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشتري :
 قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تنص على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » . وذكرنا أن استحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع وباعتباره مالكاً يملك ثمر ملكه ونماؤه ، ويكون عليه تكاليفه . وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع ، بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء

كما قدمنا ، ويتحمل هذه التبعة أيضاً بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة كما بينا ، فهو إذن الذي يتحمل التبعة في جميع الأحوال . على أنه يحسن تأسيس تحمله للتبعة على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني ، لا على أنه ملتزم بالتسليم . وقد تظهر فائدة عملية من التأسيس على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني في فرضين : (أ) إذا كان الهلاك قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وطلب الشفيع الشفعة دون أن يعلم بالهلاك ، فيتحمل هو التبعة دون المشتري ، وإن كان هذا فرضاً بعيد الحصول . (ب) إذا كان الهلاك بعد إعلان الرغبة في الشفعة وثبت أن العقار كان يهلك ولوتسلمه الشفيع ، فإن الشفيع في هذا الفرض هو الذي يتحمل التبعة دون المشتري .

(١) أنظر في تفصيل ذلك ما قدمناه في تحمل البائع لتبعة الهلاك الجزئي آنفاً ص ٧٤ - ص ٧٥ - وإذا تحمل الشفيع تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي بعد أخذه بالشفعة في حالة ما إذا ثبت أن العقار كان يهلك ولو كان قد سلمه ، فإنه لا يستطيع ، بعد أن يثبت حقه في الشفعة أن يتخلص من هذه التبعة بتنازله عن الشفعة . وقد قدمنا أنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن ينزل عنها بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد غول حقاً للمشتري أو البائع وهو قبض الثمن (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

كان العقار لا يزال في يده البائع وهو الذي يستولى على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار (١) . ومتى ثبت للشفيع الحق في ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار ، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه ، كالتصاريب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك ، لأن العقار لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف ، والغرم بالغنم (٢) .

ويبقى الآن تحديد متى يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ، حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقاً لثماره فيسردها من المشتري ، وملتزماً بأن يرد إليه نفقات الحفظ والصيانة وسائر التكاليف . وهنا تظهر الأهمية العملية لقضاء محكمة النقض الذي استقر على أن حكم الشفعة منشيء لحق الشفيع ، وأن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا من وقت تسجيل هذا الحكم (٣) . فقد رأينا أن محكمة النقض ذهبت في كثير من أحكامها ، في عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع ، في غير حالة التراضي ، إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة ، وبألا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه (٤) . فعند محكمة النقض أن ثمار العقار المشفوع فيه تكون من حق المشتري وحده عن المدة السابقة لتاريخ الحكم النهائي القاضي بالشفعة ، ولا محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائي بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء كان ملغياً أو مؤيداً للحكم الابتدائي (٥) .

(١) أنظر ص ٥٧٧ - ص ٧٥٨ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ ص ٧٧٥ - ص ٧٧٦ - وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٩٤٦ مدني يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتي : « أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها تطبق للقواعد العامة (أنظر آنفاً ص ٧٥٩ هامش ١) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ و فقرة ٢٣٨ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ .

(٤) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

(٥) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ -

٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ .

وقد قدمنا أن محكمة النقض لم تعدل عن هذا المبدأ ، حتى بعد أن صدر التقرير المدني الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) .

هذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض في قضائها ، فهي تذهب إلى أن حق الشفيع لا يستقر وإلى أن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا عند صدور الحكم النهائي بالشفعة . فمن ذلك الوقت فقط يستحق الشفيع (بعد تسجيل حكم الشفعة) ثمار العقار المشفوع فيه ويرجع بها على المشتري ، ومن ذلك الوقت أيضاً يلتزم الشفيع بأن يرد إلى المشتري مصروفات الحفظ والصيانة ونفقات لاستغلال وتحصيل الثمرة ونحو ذلك .

وقد سبق أن استمرضنا الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في قضائها هذا ، وانتهينا من هذا الاستعراض إلى القول بأن حكم الشفعة ، على عكس ما تذهب إليه محكمة النقض ، كاشف لا منشيء ، وإلى أن حلول الشفيع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة (٢) . وقدما أن الشفيع مع ذلك لا تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه إلا إذا سجل الحكم النهائي بالشفعة أو إقرار المشتري بها ، وذلك سواء حل الشفيع محل المشتري

(١) فقتت بأن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ مدني من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لا يمتنع عن رغبة المشرع في الحلول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضماناً لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له بالشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدني الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكماً جديداً ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذي حكم له بطلبه حالا محل المشتري في الرجوع منذ قيام الطلب ، إذ اعتباره كذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري . الأمر الذي يتناقض مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشيء لا مقرر حق الشفيع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة (نقض مدني ١٤ ماي سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٢٦٦ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وانظر آنفاً ص ٧١٧ - ص ٧١٨) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣١ .

من وقت البيع على الرأى الذى نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشتري بها على الرأى الذى نقول به محكمة النقض ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فالملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، وهذا هو الذى تفرضه أحكام التسجيل . وتنتقل الملكية من وقت هذا التسجيل بالنسبة إلى الغير ، وهذا باجماع الآراء أما فيما بين الشئ والمشتري ، والمشتري ليس من الغير بالنسبة إلى الشئ على الرأى الذى نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلا بالتسجيل ، ولكن إذا تم التسجيل فإنها تنتقل فى رأينا من وقت البيع ، وذلك على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت التسجيل حتى بالنسبة إلى المشتري (١) .

فى الرأى الذى نقول به تنتقل الملكية إذن . فيما بين الشئ والمشتري ، بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، ولكن من وقت البيع لا من وقت التسجيل . فهل يملك الشئ الثمار وهى فى يد المشتري من وقت تمام البيع ، كما كان يملكها لو كانت فى يد البائع كما سبق القول (٢) ؟ يختلف موقف الشئ من المشتري عن موقفه من البائع . ذلك بأن المشتري . بعد أن ثبت للشئ الحق فى الشفعة ، يعتبر حائزا للعقار منذ أن يتسلمه . وهو حائز حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائز سىء النية بعد هذا الإعلان ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعتبر الشئ ، بالنسبة إلى المشتري ، مالكا للعقار من وقت البيع كما تقدم القول . فموقف الشئ من المشتري ، بالنسبة إلى الثمار ، هو إذن موقف المالك من الحائز . وتنص المادة ١/٩٧٨ مدنى على أن « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية » . وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته فى إنتاج هذه الثمار » . وعلى ذلك يملك المشتري الثمار ، فلا يلتزم بردها إلى الشئ . إلى وقت إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، إذ يكون عند

(١) أنظر آتياً ص ٢٢٤ .

(٢) أنظر آتياً ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ .

ذلك حائزاً حسن النية ، وهو الذى يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت (١) . ومن وقت إعلان المشتري بالرغبة فى الشفعة ، يصبح المشتري حائزاً مسمى النية ، فلا يملك الثمار . وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أى للشفيع ، ويستطيع هذا أن يستردها من المشتري ، وعليه ، من ذلك الوقت أيضاً ، أن يرد للمشتري التكاليف التى سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها من المصروفات وما أنفقته المشتري فى إنتاج هذه الثمار (٢) .

والحل الذى نقول به هو الحل الذى تملية النصوص والمبادئ العامة ، وينهض به فوق ذلك اعتباران . الاعتبار الأول هو أنه الحل المنطقي . فالمشتري قبل إعلانه بطلب الشفعة من حقه أن يتصرف تصرف المالك فى العقار الذى اشتراه ، وله بوجه خاص أن يقبض ثماره ولا يكون مستولاً عن ردها لأحد . فإذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه ، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب ، وأن يواجه احتمال نجاح الشفع فى أن يأخذ العقار بالشفعة فيطالبه بالثمار من وقت إعلانه بهذا الطلب ، فيكون عندئذ مستعداً لرد هذه الثمار . والاعتبار الثانى هو هذا الحل هو الحل العادل . فقد أصبح الشفع ، بموجب التقنين الجديد ، ملزماً بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (٣) ، أى بعد إعلانه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفع غير ملزم بأن يؤدي المشفوع منه مادفعه من الأموال عن الأطنان المشفوع فيها ، ولا ما أنفقه عليها من مصاريف استغلالها مدة حيازته هو لها وانتفاعه بها (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧١) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : «والشفيع يحل محل المشتري فى الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول . ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلاً ، إلا أنه إذا استول على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت ، وما دام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) .

(٣) وهذا ما حلل بعض الفقهاء على القول بأن الثمار تكون للشفيع من وقت إيداع الثمن ، حتى لا يحرم الشفع من الانتفاع بالثمن ومن ثمار العقار (إسماعيل غانم ص ٩٦ - ص ٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٣١ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٤ ص ٢٦٣) . أما سائر الفقهاء الذين يقولون بأن حلول الشفع محل المشتري يتم وقت صدور الحكم بالشفعة ، فيذهبون إلى أن تكون الثمار للشفيع من وقت صدور هذا الحكم (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٠٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١)

المشتري بطلب الشفعة بأيام قليلة . فن العدل ، وقد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرّم نفسه من استغلاله بسبب عدم تسليم المشتري له بالشفعة عن غير حق ، أن يستعيض عن فوائد هذا الثمن باسترداد الثمار من المشتري من وقت أن أصبح هذا حائزاً سىء النية . أى من وقت إعلانه بطلب الشفعة .

٣٤ - عمدة الشفع بالضر

٢٤٦ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٧ مدني على ما يأتي :

« لا يسرى في حق الشفع أى رهن رسمي أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٨ : ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٨ - ص ٤٤١) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٢ : كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائره وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده ، بعد التاريخ الذي سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشرة الآتية ، لا يسرى على الشفع . ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتبطين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار . (وأحكام التقنين المدني الجديد تنفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٩٥١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويواجه النص حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ومتى تسرى في حق الشفع ، وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان . وقبل ذلك نبحث حالة الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع ومتى تسرى في حق الشفع ، وهنا أيضا تميز بين الحقوق التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٢) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٣) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٤) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

٢٤٧ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

البائع قبل تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : والحقوق العينية التي يمكن أن يرتبها البائع على العقار المشفوع فيه حقوق متنوعة بتنوع التصرفات التي يجريها البائع في هذا العقار . وأبلغ هذه التصرفات هو أن يتصرف البائع في ملكية العقار نفسها ، فيبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه مثلا . وقد تكون التصرفات دون ذلك ، بأن يرتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق . وقد يرتب على العقار من جانب البائع حق عيني تبعي ، كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع أو يرتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمة البائع . كل هذه حقوق عينية ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع .

فاذا ترتب حق منها فإنه يسرى في حق الشفع إذا أخذ العقار بالشفعة ، بشرط أن صاحب هذا الحق يشهر حقه قبل أن يسجل الشفع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى البائع ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه (أو صحيفة

دعواه بصحة التعاقد) . ذلك بأن صاحب الحق العيني الذي ترتب على العقار لا يستطيع أن يكشف ، عن طريق البحث في سجلات الشهر العقاري ، عن البيع الذي صدر من البائع للمشتري إذ أن المشتري لم يسجل عقد شرائه (أو لم يسجل صحيفة دعواه بصحة التعاقد) ، ولا عن طلب الشفعة إذ أن الشفيع لم يسجل إعلان هذا الطلب للبائع . فإذا شعر صاحب هذا الحق حقه ، بالتسجيل أو بالقيء بحسب الأحوال ، قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فإن حقه يكون نافذا على كل من الشفيع والمشتري طبقا للقواعد المقررة في التسجيل .

فإذا باع البائع مثلا ، بعد البيع الأول ، العقار ثانية وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول عقد شرائه وقبل أن يسجل الشفيع إعلان طلب الشفعة ، فإن البيع الثاني يكون نافذا في حق الشفيع ، فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، في مواعيد البيع الثاني وبالتمن الذي ورد فيه وبالشروط التي تم بها . وإذا قاىض البائع على العقار المبيع أو وهبه وسجلت المقايضة أو الهبة قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع ، فإن المقايضة أو الهبة تسري في حق الشفيع ، فلا يستطيع هذا أن يأخذ بالشفعة في البيع الذي انتقض بالمقايضة أو الهبة ، ولا في المقايضة أو الهبة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في أى منهما . وإذا رتب البائع مثلا حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع ، فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق ، وفي هذه الحالة يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع ، فإن هذا الحق يسري على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به ، ويرجع بضمان الاستحقاق على البائع .

٢٤٨ - الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع به من جانب

البائع بعد تسجيل إهماره الرغبة في الشفعة: أما إذا ترتب حق عيني على العقار

المشفوع فيه من جانب البائع على الوجه المتقدم ذكره ، ولكن صاحب هذا الحق لم يشهره إلا بعد أن سجل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه ، فإن هذا الحق لا يكون نافذا في حق الشفع .

فاذا باع البائع ، بعد البيع الأول ، العقار ثانية أو قايض عليه أو وهبه ، ولم يجر تسجيل هذا التصرف قبل تسجيل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فإن التصرف لا يتخذ في حق الشفع ، والذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده ، فيأخذ فيه بالشفعة ويمضي في إجراءاتها إلى النهاية . ويرجع المشتري الثاني أو المقايض أو الموهوب له على البائع بالضمان ، طبقا لأحكام القانون .

وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة ، ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول ، فإن التصرف لا يتخذ في حق هذا المشتري طبقا للقواعد المقررة في التسجيل . وما دام لا يتخذ في حق المشتري الأول ، فإنه لا يتخذ أيضا في حق الشفع الذي حل محل المشتري الأول . ولا يسرى أيضا في هذه الحالة في حق الشفع إلا البيع الأول ، فيأخذ فيه بالشفعة .

وإذا رتب البائع ، بعد البيع ، حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، ولم يسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر له قبل تسجيل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فإن هذا الحق لا يسرى على الشفع ، ويأخذ العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو من حق الارتفاق ، ويرجع صاحب هذا الحق بالضمان على البائع . وكذلك الحكم فيما لو سجل المشتري عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الانتفاع أو لصاحب حق الارتفاق ، فلا يسرى هذا الحق على المشتري ، ومن ثم لا يسرى على الشفع .

وإذا رتب البائع على العقار ، بعد بيعه ، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديننا في ذمته ، ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فإن هذا الحق لا يسرى على الشفع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من هذا الحق . وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار ، ونقيس

ذلك على حالة ما إذا كان التصرف قد صدر من المشتري طبقاً لأحكام المادة ٩٤٧ مدني على ما سئري (١) ، فضلاً عن أنه يوجد نص صريح في هذا المعنى في خصوص حق الرهن الرسمي (٢) ، وفي خصوص حق الاختصاص (٣) ، وفي خصوص حقوق الامتياز (٤) .

٢٤٩ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري قبل تسجيل إعماره الرغبة في الشفعة : والمفروض هنا أن الحقوق العينية قد ترتبت على العقار المشفوع فيه على الوجه الذي سبق بسطه (٥) ، من جانب المشتري ، لا من جانب البائع كما كان الأمر فيما تقدم . فاذا ترتبت هذه الحقوق العينية قبل تسجيل إعلان المشتري بطلب الشفعة ، فإنها تسري في حق الشفيع كما يستفاد بطريق الدليل العكسي من المادة ٩٤٧ مدني سالفة الذكر (٦) .

ويتخذ أنصار الرأي القائل بأن حكم الشفعة منشيء لحق الشفيع وبأن المشتري يبقى ما لكاً للعقار المشفوع فيه حتى صدور هذا الحكم من هذه القاعدة دليلاً على صحة ما يذهبون إليه . فعندهم أنه ما دامت تصرفات المشتري في الفرض المتقدم تسري في حق الشفيع ، فليس ذلك إلا لأن المشتري يعتبر مالكا للعقار وقد تصرف فيه فسري تصرفه في حق الشفيع (٧) . وهذا الدليل لا يستقيم ، إذ لو تمسكنا به لتج عنه أن المشتري وقد بقي ما لكاً للعقار المشفوع

(١) أنظر مايل فقرة ٢٥٠ - وقارن محمد علي عرقة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٩٩ .

(٢) أنظر م ١٠٥٦ مدني : « يتوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار » .

(٣) أنظر م ١٠٩٥ مدني : « ويرى على الاختصاص ما يسري على الرهن من أحكام » .

(٤) أنظر م ١١٣٤ مدني : « تسري على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق » .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

(٧) شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٠

ص ٤٨٠ - ص ٤٨١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٢٩ ص ٥٠٢ - منصور مصطفي منصور

فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ .

فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة وفقا لما يقول به أنصار هذا الرأي ، كان ينبغي أن تسرى تصرفاته في حق الشفع ، ليس فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة ، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة . وهذا ما يخالف صريح نص المادة ٩٤٧ مدني . هذا إلى أنه يمكن في كثير من اليسر تقرير نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشتري بغير التجاء إلى فكرة أن المشتري يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه ، فقد قدمنا أن المشتري ، بعد أن يأخذ الشفع بالشفعة . يعتبر منذ إبرام البيع حائزا للعقار المشفوع فيه . ويكون بمثابة المالك الظاهر للعقار . وكل من يتعامل معه قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة يكون حسن النية إذا حسب ما لكا . ذلك بأن هذا الغير الذي يتعامل معه لا يستطيع أن يكشف من سجلات الشهر العقاري ، قبل تسجيل هذا الإعلان ، عن أنه مطلوب منه الأخذ بالشفعة . فيكون الغير حسن النية إذا تعامل معه على أساس أنه هو المالك وأن ملكيته غير مهددة . ومن ثم يكون المشتري ، إلى حين تسجيل الإعلان ، في مركز المالك الظاهر الذي يتعامل مع الغير حسن النية ، فينفذ تعامله في حق المالك الحقيقي وهو هنا الشفع . ويرجع الشفع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب . شأن كل مالك حقيقي عند ما يرجع على المالك الظاهر الذي تسرى تصرفاته في حقه . فإذا ما سجل إعلان الشفع للمشتري بطلب الشفعة ، فإن من يتعامل مع المشتري بعد هذا التسجيل لا يعتبر حسن النية . إذ كان يمكنه أن يعرف من تسجيل الإعلان أنه يتعامل مع مشتري مطلوب منه الأخذ بالشفعة فملكته مهددة بالزوال ، وعلى ذلك لا ينفذ تعامله مع هذا المشتري في حق المالك الحقيقي أي في حق الشفع .

ونرى من ذلك أن الحقوق العينية التي تترتب من جانب المشتري ، قبل تسجيل إعلان الشفع للمشتري بطلب الشفعة ، تسرى في حق الشفع . فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري من المشتري عقد شرائه قبل تسجيل الإعلان ، فإن البيع الثاني ينفذ في حق الشفع وينسخ البيع الأول ، ولا يأخذ الشفع بالشفعة إلا في البيع الثاني بثمنه وفي مواعيد وطبقا لشروطه .

وقد قدمنا أن هذا صحيح أيضا ، طبقا للمادة ٩٣٨ مدني ، حتى لو لم يسجل المشتري من المشتري عقد شرائه ، ما دام قد صدر له البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة (١) . وكذلك إذا قابض المشتري ، بعد الشراء ، على العقار أو ووجهه ، وسجلت المقايضة أو الهبة قبل تسجيل الرغبة ، فإنها تسري في حق الشفيع ، فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز لا في المقايضة ولا في الهبة (٢) . وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة ، فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة عملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق ، وفي هذه الحالة يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أو بالتعويض إذا صدر التصرف من المشتري بعد إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذا الإعلان .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديننا في ذمته ، وفيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحق يسري على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به ، ويرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض .

٢٥٠ - الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري بعد تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : وهذا هو الفرض الذي تواجهه مباشرة المادة ٩٤٧ مدني سالفة الذكر (٣) . فهي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسري في حق الشفيع . وقد قدمنا أن السبب في ذلك أن المشتري ، ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا ، إلا أنه يتعامل في العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا

(١) انظر آنفا ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ .

(٢) ولكن يجوز لشفيع أن يظن في هذه التصرفات بالصورية ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، فإذا ثبتت الصورية لم تسر التصرفات في حقه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٠ ص ٤٩٨) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٤٦ .

يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذ كان يمكنه أن يكشف من سجلات الشهر العقاري عن حقيقة مركز المشتري .

وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر في حق الشفع البيع الثاني الصادر إلى المشتري من المشتري . ويأخذ الشفع بالشفعة في البيع الأول ، بثمنه وفي مواعيده وطبقاً لشروطه . والمقروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع ، فينقضي في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) وذلك لا يمنعه . إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني بثمنه وفي مواعيده وطبقاً لشروطه (٢) . وكذلك الحكم فيما إذا قابض المشتري على العقار المشفوع فيه أو وهبه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا تسري المقايضة أو الهبة في حق الشفع ، ويستمر في الأخذ بالشفعة في البيع الأول .

وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خالياً من حق الانتفاع أو حق الارتفاق .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وكان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خالياً منه (٣) . وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق

(١) أنظر آنفاً ص ٥١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة في العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع ، تكلها وتحد منها أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفع لا يحتاج إلى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، وكان إنذار الشفعة قد سجل في هذه الحالة قبل الإنذار المعلن للشفع الذي يثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشتري والغير ، وهو الإنذار الذي يعتبر إعمالاً لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار . ويكون الحكم الذي يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفع بما يترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء وبالتالي عدم سقوط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد المقرر في القانون ، حكماً قائماً على أساس قانوني صحيح (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المجلة ٣١ رقم ٤٥ ص ٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٥١٩ .

(٣) استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٢٢٨ .

الأولوية على مال للمشتري من ثمن العقار فيما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع ، فإن هذا الدائن الذي قيد حقه بتقديم على دائي المشتري العاديين في الثمن الذي يكون في ذمة الشفيع للمشتري أو في الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) . وفي ذلك تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٧ مدني كما رأينا (٢) « ويتبقى مع ذلك للدائنين المقبدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » .

الفصل الرابع

الحيازة *

(Possession)

تمهيد

٢٥١ - تعريف الحيازة وتشكيها القانوني : كان المشروع التمهيدى

(١) ويبقى بعض الفقهاء حق الأولوية للدائن المقيد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولا عينياً (شفيع شحاتة فقرة ٢٧٣ مل ٢٨٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥) . ويذهب بعض آخر إلى أن حق الأولوية إنما هو تطبيق للقواعد العامة في حق الأولوية ، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن المتحصل من البيع الجبرى ، بل يمتد إلى كل مقابل فقدي للشيء محل الحق (إسماعيل غانم ص ٨٧ - ص ٨٨ - شمس الدين الوكيل في التأمينات فقرة ٩٠ - فقرة ٩١ - حسن كيرة ص ١٩) .

أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، فإنه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع ، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه في خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . وعلى ذلك لا يكون الشفيع مديناً بالثمن للمشتري ، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائني المشتري المقبدين حق الأولوية على الثمن (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٨ ص ٥٠٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

• مراجع : Savigny في الحيازة (في القانون الروماني) ترجمة Staedtler الطبعة السابعة

سنة ١٨٦٥ - ghering في أساس حماية الحيازة (Fondement de la potction possessoire)

سنة ١٨٦٥ - وفي دور الإدارة في الحيازة (Role de la volonté dans la possession) سنة

١٨٩١ - ترجمة Esmein - Meulenacre في نظريات الحيازة في ألمانيا في المجلة التاريخية

الجديدة سنة ١٨٧٧ - Saleilles في العناصر المكونة للحيازة سنة ١٨٩٤ - حيازة المنقول

سنة ١٩٠٧ - وفي المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص ٥٩٢ وسنة ١٩٠٤ ص ٩٣ - Duquesne

في التمييز ما بين الحيازة (possession) والإحراز أو السيطرة المادية (détention) في

القانون الروماني رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ - Cornil في الحيازة سنة ١٩٠٥ -

Schwab في النظرية المادية في الحيازة رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Ferradou في دور

الحيازة في القانون الفرنسي الحديث رسالة من بوردوس سنة ١٩٢٨ .

للتفتين المدني الجديد يتضمن نصا يعرف الحيازة، هو نص المادة ١٢٩٨ من هذا المشروع، وكان يجرى على الوجه الآتي: «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ما يأتى: «الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية» (١). وقد حذفت هذه المادة في لجنة مجلس الشيوخ «لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية» (٢).

ويخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن. والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق. فإن كان حق ملكية، اختلط الحق بالشيء محل الحق، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الرومانى، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية. وتكون السيطرة الفعلية هنا عن طريق أعمال مادية وهى الأعمال التى يقوم بها المالك عادة في استعماله لحق الملكية، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك. فالشخص يكون حائزا لحق الملكية، أو للشيء محل هذا الحق، متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك، فيسكنه مثلا أو يؤجره إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨: في الهامش وص ٤٥٠ - وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ١٢٠٣ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب مع تعديل لفظى طفيف تحت رقم ١٠٢٠. وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف «لأنه تعريف ناقص، وينقصه ركن نية التملك، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك. وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية». وجاء في تقرير اللجنة ما يأتى «رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية». ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٩ في الهامش).

(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى عراقى على أن «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق».

كان دارا ، ويزرعه أو يعطيه لمن يزرعه بالإيجار أو بالمزارعة إذا كان أرضا زراعية ، ويحرزه وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعته إذا كان سيارة أو كتابا أو مأكولا أو مشروبا ، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التي تجوز للمالك . وذلك كله سواء كان هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه ، فلسنا في صدد حق الملكية ، بل في صدد الحيابة المادية لهذا الحق ، أى في صدد استعمال هذا الحق استعمالا فعليا . وإذا لم يكن الحق محل الحيابة حق ملكية ، كأن كان حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلا ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز في أرض الجار أو يأخذ الماء من مروي لجاره لرى أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجرى في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها ، وذلك كله سواء كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلا . وما يقال في حق الارتفاق يقال أيضا في حق الانتفاع ، وفي غير حق الارتفاق وحق الانتفاع من الحقوق الأخرى .

والحيابة ، على هذا التعريف ، ليست بحق عيني أو حق شخصي ، بل هي ليست حقا أصلا . فهي كالشفعة ليست بحق ، ولكنها سبب لكسب الحق . وتختلف عن الشفعة في أن الشفعة واقعة مركبة كما سبق القول ، أما الحيابة فتكييفها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة (*pur fait matériel*) تحدث آثارا قانونية^(١) . وإذا سائرنا المذهب الشخصي في الحيابة على ما سيجيء ، وقلنا إن هناك عنصرا معنويا للحيابة هو القصد (*animus*) - قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيابة - فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيابة^(٢) ، بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون أعمال

(١) أنظر آنفاً فقرة ١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٢ ص ١٥٨

هامش ٢ .

(٢) وإلا كانت الإرادة هنا تصرفاً قانونياً . وحق لو سلمنا بذلك ، لأمكن القول بأن التصرف القانوني قد اختلط بواقعة مادية هي الحيابة المادية أو السيطرة الفعلية . فتكون الحيابة واقعة مختلطة *fait mixte* عنصر الواقعة المادية فيها هو المتغلب : فتدخل في نطاق الوقائع المادية .

الحائز أعمالاً قصدية ، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة ، وهي أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية . أما إذا قلنا مع المذهب المادى إن القصد ينصب على الحيازة المادية فى ذاتها كما سنرى ، فإن هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية محضة . ومن ثم تكون الحيازة ، فى كل من المذهبين ، واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية (١) كما سبق القول .

٢٥٢ - تطور الحيازة لتنطبق على جميع الحقوق : بدأت الحيازة فى

القانون الرومانى سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شىء مادى على اعتبار أنه مالك لهذا الشىء ، فيحرزه إحراراً مادياً ويباشر عليه سلطة المالك . فكانت الحيازة ، على هذا النحو ، استعمالاً لحق الملكية على شىء مادى . ولما كان حق الملكية عند الرومان يختلط بالشىء المادى ، فقد كان الرومان يصورون الحيازة على أنها تقع على الشىء المادى ذاته ، يتصرف فيه الحائز تصرف المالك فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه ويستهلكه . فكانت الحيازة سلطة مادية محضة ، لا تنطبق إلا على الأشياء المادية . ثم تطور القانون الرومانى ، فأخذ يعترف ، إلى جانب هذه الحيازة للأشياء المادية (*possessio rei*) ، بنوع آخر من الحيازة ، هى حيازة حق الارتفاق أو حق الانتفاع ، أى استعمال حق الارتفاق أو حق الانتفاع على شىء استعمالاً فعلياً ، وسمى هذا النوع من الحيازة بحيازة الحق أو شبه الحيازة (*possessio juris, quasi-possessio*) .

وبقى هذا التمييز ما بين الحيازة وتنطبق على الأشياء المادية ، وشبه الحيازة وتنطبق على حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية ، قائماً فى القانون الفرنسى القديم . ونجده قائماً حتى فى آخر عهود هذا القانون عند بوتيه ، وهو يميز بين الحيازة وشبه الحيازة (٢) .

(١) أنظر فى ترتيب مصادر الحقوق العينية وحصرها فى العمل المادى والتصرف القانونى الوسيط ١ طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١ - وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - ص ١١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨ هامش ٢ - مارتى وريينو فقرة ٢٧ .

(٢) بوتيه فى الحيازة فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٩ هامش ٢ .

وعند وضع التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون) ، قضى واضعوه على هذا التمييز ، وجعلوا الحيازة وشبه الحيازة شيئاً واحداً هو الحيازة . ذلك بأن حيازة الشيء المادى ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء ، فهى لا تخرج إذن عن أن تكون حيازة لحق من الحقوق ، هو حق الملكية . ولما كان شبه الحيازة هو حيازة حق عيني آخر لغير حق الملكية ، فقد تلاقت الحيازة وشبه الحيازة فى أن كلا منهما هو حيازة لحق عيني ، حق الملكية أو حق عيني آخر . فلا محل إذن للتمييز بين الحيازة وشبه الحيازة ، ويمكن تسمية كل منهما بالحيازة . وهذا ما فعلته المادة ٢٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي إذ عرفت الحيازة ، وأدخلت فى نطاقها حيازة الشيء المادى أى حيازة حق الملكية وشبه الحيازة أى حيازة الحقوق العينية الأخرى ، فقالت : « الحيازة هى إحراز شيء أو استعمال حق ، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بواسطة شخص آخر نحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا » (١) .

ووقف تطور الحيازة عند هذا الحد فى فرنسا . فالحيازة فى القانون الفرنسي هى استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة (٢) ، على شيء معين استعمالاً فعلياً ، بما يقتضيه هذا الاستعمال من أعمال تتفق مع طبيعة الحق العيني المستعمل ، وبما يصحب هذه الأعمال من قصد إلى استعمال هذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون الحائر للحق يملك هذا الحق فعلاً أو لا يملكه ، فلكية الحق العيني شيء وحيازته شيء آخر . واستقر القانون الفرنسي على أنه لا يخضع للحيازة ، ما يأتى : (١) الحقوق الشخصية ، إذ لا يخضع للحيازة إلا الحقوق العينية كما سبق القول . فالمستأجر والمستعير ليس لأى منها حق عيني فى العين المؤجرة أو الشيء المعار ، وليس له إلا حق شخصى قبل المؤجر أو المعير ،

(١) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٣ - فقرة ١٩٦ - بلانيول دريبر وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ - وانظر مشروع التقنين المدني الفرنسي فى السنة الثامنة للثورة الفرنسية ، وكان أكثر صراحة فى هذا المعنى (Fenet ٢ ص ٤٠٥ م ٩ و ١٠) .
(٢) ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٠ ص ١٦٣ هامش ٢ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٣ ص ٩٤٧) .

ولا يجوز أن يكون هذا الحق الشخصي محلاً للحيازة . وإنما يجوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشيء المعار حيازة مادية محضة ، والحيازة الصحيحة هي للمؤجر أو المعير يباشرها باسمه ونيابة عنه المستأجر أو المستعير . وما يقال عن « حيازة الحق الشخصي » (*possession de la créance*) ليس حيازة بالمعنى الصحيح ، وإنما هو تعبير مجازي عن مركز « الدائن الظاهر » ، فمن يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصي الذي يدعيه ، ولكن لا تنطبق عليه قواعد الحيازة . وذلك ما لم يتجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها ، فعند ذلك يعتبر الحق الشخصي منقولاً مادياً وينحضع للحيازة . (٢) الأموال العامة ، فهذه لا يصح أن تكون محلاً لحق خاص ، ومن ثم لا تخضع للحيازة . على أن ذلك ليس على إطلاقه ، فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تحميها دعاوى الحيازة في أموالها العامة ، وكذلك من يحصل على ترخيص (*concession*) في استعمال المال العام تحميها دعاوى الحيازة ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية المرخصة (*le concédant*) . ولكن لا تجوز حيازة الأموال العامة بحيث تؤدي هذه الحيازة إلى تملكها بالتقادم ، فإن الأموال العامة غير قابلة للتملك بالتقادم . (٣) المجموع من المال (*universalité*) كالتركة والمتجر (*fonds de commerce*) ، لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، وإن كانت الأعيان التي تكون هذا المجموع تجوز حيازتها كل عين على حدة (١) .

ولكن تطور الحيازة لم يقف عند هذا الحد في البلاد الجرمانية . فالتقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري ، متأثرين بالنظرية المادية للحيازة وهي النظرية التي قال بها إهرنج على ماسنري ، ملأ الحيازة حتى شملت الحقوق الشخصية دون أن تقتصر على الحقوق العينية . فالمستأجر مثلاً ، في هذين التقنينين ، يعتبر حائزاً لحقه الشخصي قبل المؤجر بالنسبة إلى العين المؤجرة ،

(١) أنظر في ذلك نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢ - أدبيريور ٢ فقرة ١٧٨ - بودري وتيسيه فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠١ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٦٢ - مازو فقرة ١٤١٦ .

وتحميه في حيازته هذه دعاوى الحيازة . وسرى أن التقنين المدني المصري الجديد سار شوطا بعيدا في هذا الطريق (١) .

٢٥٣ - ما استحدثه التقنين المدني الجديد في موضوع الحيازة : ولم يعرض التقنين المدني السابق لموضوع الحيازة بوجه عام ، بل اقتصر على إيراد بعض آثارها ، وبخاصة في التقادم وفي تملك المنقول بالحيازة ، دون أن يورد هذه الآثار كاملة . أما التقنين المدني الجديد فقد عنى بموضوع الحيازة عناية تامة ، فأفرد لها مكانا خاصا ، وأورد أحكامها العامة في نصوص مستحدثة . ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ، ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية ، ومن هنا وضعت الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية (٢) .

٢٥٤ - تقسيم الموضوع : ونبعث الحيازة في قسمين : (١) الحيازة بوجه عام . (٢) والحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية .

الشرع الأول

الحيازة بوجه عام

٢٥٥ - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها - حماية الحيازة في زوالها

والعلاقة بين الحيازة والملكية : تكسب الحيازة ، وتنتقل من حائز إلى آخر ، وتزول ، كل ذلك على الوجه الذي رسمه القانون .

(١) أنظر مايلي فقرة ٢٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص ما جاء في المشروع متعلقا بالحيازة من حيث أحكامها العامة ومن حيث الآثار التي تترتب عليها ، ما يأتي : « والحيازة ، من حيث أحكامها العامة ، وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه . وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء . وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي ، وتنتقل بالاتفاق مصحوبا بالتسليم ، وتزول بزوال السيطرة الفعلية . وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ، وخلص إلى ذلك بقريتين متواليتين ، جمل في الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وجمل في الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية . ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على الحيازة . والحيازة ، من حيث الآثار التي تترتب عليها ، تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل في العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، وملكية المنقول في الحال . ويملك الحائز ، في كل الفروض ، ثمار العين إذا كان حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٧) .

ويحمي القانون الحيازة في ذاتها ، ولو كان الحائز غير مالك . ويرجع ذلك إلى سببين : (السبب الأول) أن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على المال الذي يقع في حيازته ، فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة ، فلا يعتدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال . وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز ، فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية ، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة . ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهرا ، فينتصف لنفسه بنفسه ، ويعبكر صفو السلام والأمن العام . بل يجب عليه ، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعا ، أن يسترده عن طريق القضاء وفقا للإجراءات التي رسمها القانون في ذلك (*spoliatus ante omnia restituendus*)^(١) .

(والسبب الثاني) أن الحائز للمال ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، يكون هو المالك له . وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذي يملكه ، وقل أن يوجد مالك لا يحوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره . لذلك يفرض القانون مبدئيا أن الحائز هو المالك ، فيحمي الملكية عن طريق حماية الحيازة^(٢) . ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس . ففي الأحوال القليلة التي لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره ، وتكون الملكية في يد والحيازة في يد أخرى ، أباح القانون للمالك ، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته ، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك . فحماية الحيازة في ذاتها إنما هي حماية للملكية ، ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذي في حيازته ، فعندئذ يرد المال إلى مالكه^(٣) .

ونتكلم في الحيازة بوجه عام في مبحثين ، نجعل المبحث الأول منهما في كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، ونجعل المبحث الثاني في حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية .

(١) بودرى ويتسيه فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٤ - مارتى ورينو فقرة ١٤ ص ٢٢ - كاربونييه ص ١٤٣ .

(٢) إهرنج في أساس حماية الحيازة ص ٨ - بودرى ويتسيه فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - بودرى ويتسيه فقرة ٢٠٧ - فقرة ٢١٢ بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٣ - مارتى ورينو فقرة ١٤ - كاربونييه ص ١٤٣ .

المبحث الأول

كسب الحيازة وانتقالها وزوالها

المطلب الأول

كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

٢٥٦ - المثل الذى يتناولها البحث : الحيازة تتكون من عنصرين ، وكسب الحيازة يكون بالجمع ما بين هذين العنصرين . وحتى تكون الحيازة منتجة لآثارها ، وبخاصة حتى تجوز حمايتها بدعوى الحيازة وحتى تكون سببا لكسب الملكية سواء بنفسها أو عن طريق التصادم ، يجب ألا تكون مشوبة بعيب . والحيازة إذا اقترنت بحسن النية ، كانت أبعد مدى في آثارها عما لو لم تكن مقترنة بحسن النية .
فتبحث إذن المسائل الآتية : (١) عنصرى الحيازة . (٢) عيوب الحيازة . (٣) الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية .

§ ١ - عنصر الحيازة

(Eléments de la possession)

٢٥٧ - العنصر المادى والعنصر المعنوى : الحيازة ، كما قدمنا ، تتكون من عنصرين ، أحدهما مادى وهو الإحراز أو السيطرة المادية (corpus) ، والثانى معنوى وهو القصد (animus) (١) .

١ - العنصر المادى - السيطرة المادية

٢٥٨ - كيف تحقق السيطرة المادية : قد تتحقق السيطرة المادية ابتداء ، وقد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير . وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل ، وقد يباشرها بواسطة الغير . وتجوز مباشرة السيطرة

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران : عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

وكما أن الحيازة لا تقوم على مجرد العنصر المادى دون العنصر المعنوى ، كذلك لا تقوم على مجرد العنصر المعنوى دون العنصر المادى (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - مازو ققرة ١٤١٩) .

المادية على الشيوع . ثم إذا تحققت السيطرة المادية . فانه يجب على الحائز استبقاؤها .

فهذه حملة من المسائل ، نستعرضها على التعاقب .

٢٥٩ - كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداءً : هنا نواجه الفرض الذى .

يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشيء دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره ، فهو يسيطر على الشيء ابتداءً . ويستوى في ذلك أن يكون الشيء مملوكاً لشخص آخر أو غير مملوك لأحد (١) ، وأن يكون عقاراً أو منقولاً . فالحائز يحرز الشيء ويسيطر عليه ، دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد .

وتتحقق السيطرة المادية في هذا الفرض بأن يحرز الحائز الشيء في يده إحراراً مادياً ، ويباشر فيه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة في ملكه . فإذا كان الشيء داراً ، دخل فيها واستحوذ عليها ، وسكنها أو أسكن فيها غيره بالإيجار مثلاً فيسيطر عليها بواسطة المستأجر كما سيجىء . وإذا كان الشيء أرضاً زراعية ، احتلها وزرعها بنفسه أو بواسطة غيره من مزارع أو مستأجر (٢) وإذا كان منقولاً كسيارة أو كتاب ، أحرز المنقول وجعله في قبضته ، وبأشرف عليه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة . هذا كله إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية على الشيء ، فإذا كان يستعمل حقاً آخر ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التى يمتنعها استعماله . فان كان ارتفاق مرور مثلاً أو ارتفاق شرب ، كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلاً في المكان المراد استعمال الحق فيه ، أو بأخذ المياه فعلاً من مرمى الجار (٣) .

(١) فان كان غير مملوك لأحد ، كانت حيازته استيلاء (occupation) ، فيكسب الحائز ملكية الشيء فوراً عن هذا الطريق .

(٢) ولكن مجرد أخذ أتربة أو سبخ من الأرض مرة أو أكثر لا يكتفى لتحقيق الحيازة (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ - استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٢) . وكذلك لا يكتفى لتحقيق مجرد دفع الضرائب المستحقة على المقار (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٦) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٦ ص ١٥٤ .

ولابد ، في القرض الذي نحن بصدده ، من عمل مادي إيجابي يستحوذ به الحائز على الشيء . فلا يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ ، دون الاستحواذ فعلا . وقبل الاستحواذ الفعلي لا يمكن القول بأن العنصر المادي ، وهو السيطرة المادية ، قد تحقق (١) .

٢٦٠ - كيف تنقضي السيطرة المادية انتقالاً من الغير - إمامة : وهنا نواجه فرضاً يختلف عن القرض السابق ، في أن الشخص لا يسيطر على الشيء ابتداء كما هو الأمر في القرض السابق ، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقارا أو متقولا في حيازته لشخص آخر ، ويسلم الشيء المبيع إلى المشتري . ففي هذا المثل كانت السيطرة المادية على الشيء للبائع سواء كان ما لكا للشيء أو غير ما لك ، ثم نقل هذه السيطرة إلى المشتري بتسليمه المبيع له . ولا يشترط في هذا القرض ، كما اشترط في القرض السابق ، الاستحواذ الفعلي على الشيء ، بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ . فإذا كان المبيع دارا ، فانه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري أن تسلم له مفاتيحها وسند الملكية ، فتنتقل السيطرة المادية للمشتري بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل (٢) . وإذا كان المبيع جواهر أو حليا ، فان السيطرة المادية على المبيع تنتقل إلى المشتري بتسليمه مفتاح الصندوق أو الخزانة التي تحتوي على الجواهر أو الحلى ، فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليها دون حاجة إلى الاستحواذ عليها بالفعل .

(١) ترولون فقرة ٢٥١ - بودوى وتيسيه فقرة ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض قضاء وليست من الأراضي التي لم يسبق الملك فيها لأحد ، بل هي من الأراضي التي تلقت الحيابة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين ، فيكون في ثبوت وضع اليد عليها القيام ، مع عدم المنازع ، بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذي لا يكفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأقل ، يكون خطأ في تكييف وضع اليد ويحين نقضه (نقض ملق ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة علم ٢ رقم

وسنبحث هذه المسألة في تفصيل أوفى عند الكلام في انتقال الحيازة ،
فتحيل هنا إلى ما سذكركه هناك (١) .

٢٦١ - السيطرة المادية بواسطة الغير - نص قانونى : تنص المادة ٩٥١
مدنى على ما يأتى :

- ١ - « تصح الحيازة بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ،
وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » .
- ٢ - « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان
كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ
بها » (٢) .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٩٧ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتى : « ١ - تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان
التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة .
٢ - وعند الشك يفترض أن الشخص قد حاز لنفسه ، وأنه إذا استمر في حيازته يبق حائزاً
لنفسه » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على النحو الآتى : « ١ - كما تصح الحيازة مباشرة
تصح بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار
بأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الواردة عليه الحيازة . ٢ - وعند الشك يفترض أن
مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار
هو لحساب البادئ بها » . وأصبح رقمها في المشروع النهائى ١٠٢٦ . ووافق عليها مجلس
النواب تحت رقم ١٠٢٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دارت مناقشة طويلة في ورود الحيازة
على الشئ ، وانقسمت الآراء . فرأى ذهب إلى وجوب بقاء هذه الحيازة لأن الحيازة قد
ترد على الشئ دون الحق ، ورأى قال بالحذف لأن الحيازة في كل صورها تكون على
الحق سواء كان حق انتفاع أو حق ملكية ، وإذا كانت التشريعات الأجنبية تستعمل عبارة
حيازة على الشئ فلأنها تجارى الرأى العام الذى يصرف الحيازة إلى الشئ . وقد لى الرأى
القائل بالحذف موافقة أغلبية اللجنة . وورد في تقرير لجنة مجلس الشيوخ : « حذفت
من الفقرة الأولى عبارة : كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة . واستفيض عنها بعبارة
تصح الحيازة بالواسطة . وحذف عبارة : بالشئ أو بالحق الواردة عليه الحيازة . واستفيض
عنها بعبارة : بهذه الحيازة ، لأنها أدق في الإعراب عن المقصود بالنص ، فالمراد هو أن يأتمر
الوسيط بأوامر الحائز بالأصالة فيما يتعلق بهذه الحيازة ، لا فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى
ترد عليه الحيازة » . وأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى
الجديد، وصار رقمه ٩٥١ . ووافق مجلس عليه الشيوخ كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦) .

ويخلص من هذا النص أن الأصل في الحائز أن يباشر السيطرة المادية بنفسه ، أى أنه يستعمل بنفسه استعمالاً فعلياً على الوجه الذى قدمناه الحق الخاضع لحيازته ، سواء كان حق ملكية أو كان حقاً آخر . ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة (corpore aliens) ، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلاً به اتصال التابع بالمتبوع ، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية . ويجتمع عند الحائز في هذه الحالة عنصرا الحيازة : العنصر المعنوى وهو القصد وسيأتى بيانه ولا ينوب عنه فيه أحد ، والعنصر المادى وهو السيطرة المادية ويباشرها بالوساطة . ومن ثم يبقى الحائز الأصل هو الحائز ، وتنتج الحيازة آثارها القانونية في شخصه . أما الوسيط في السيطرة المادية فليس بحائز ، وليس لديه إلا السيطرة المادية ، وهذه السيطرة أيضاً لا يباشرها باسمه وإنما يباشرها باسم الحائز الأصل .

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة . من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه ، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مخدمهم أو متبوعهم في أثناء تأدية أعمالهم ، فتدخل في حيازة المخدم أو المتبوع ويباشر هذا السيطرة المادية على المنقولات بواسطة أتباعه . ويبقى عنده العنصر المعنوى للحيازة ، ويكفى أن يكون قصداً عاماً في حيازة ما يستولى عليه الأتباع من المنقولات باسمه ، حتى قبل أن يعلم باستيلائهم عليها . فيكون عنده العنصر المعنوى مباشرة وهو القصد ، والعنصر المادى بالوساطة وهو السيطرة المادية (١) .

— ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المهنى الليبى م ٩٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٤ — ويدخل ضمن الأتباع سائق السيارة فهو

يحوز السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه ويحوز صاحب السيارة سيارته بواسطة السائق ، وكذلك ناظر الزراعة ويحوز صاحب الأرض بواسطة الأرض الزراعية .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا حصل وكيل عنه على حيازة شيء اشتراه له مثلاً في حدود الوكالة ، ما دام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء . وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى الشيء لنفسه وحازَه لحسابه ، فإنه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازَه لحساب الموكل . ويدخل الشيء في حيازة الموكل حتى قبل أن يعلم هذا أن الوكيل قد حازَه ، بل قبل أن يعلم أن الوكيل قد اشتراه (١) . أما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة أو كان فضولياً ، فإن الشيء لا يدخل في حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا في الوقت الذي يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولي قد حاز الشيء ويقر فيه هذا العمل (٢) .

كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان قاصراً أو محجوراً عليه وكان مميزاً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية الولي أو الوصي أو القيم (٣) .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان شخصاً معنوياً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية المديرون أو الأشخاص الذين يفوضون في ذلك (٤) . وقد قضى بأن المجالس المحلية تباشر السيطرة المادية على الطرق العامة الداخلة في حيازتها ، لا بوساطة ممثليها فحسب ، بل أيضاً بوساطة الناس الذين يغدون ويروحون في هذه الطرق والذين يستعملونها وفقاً لما أعدت له (٥) .

(١) ويترتب على ذلك أن الموكل يعتبر حائزاً لشيء من وقت حيازة الوكيل له ، ويبدأ من هذا الوقت سريان التقادم لصالح الموكل (بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٣ - ص ١٨٤) (٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٢ - ص ١٨٣ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز للولي على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية . وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدني (قديم) بأن يكون واضح اليد ظاهراً بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية بسبب أنه فاقد الأهلية التي تخوله معرفة الصالح لأمواله من الضار بها ، فردود بأن ولي أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذي يقوم بوضع اليد نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) .

(٤) ولا يجوز لمولاه أن يكسبوا بالتقادم لمصلحتهم ملكية أموال الشخص المعنوي (بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٧) .

(٥) نقض فرنسي ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٢٤١ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٦٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٩ .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدني سالف الذكر مقصور على الوسيط الذي يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلاً به اتصال التابع بالتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ، كما هو الأمر في الأمثلة التي قدمناها . أما إذا كان الوسيط يتمتع بشيء من حرية التصرف ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، فإنه لا يعتبر وسيطاً بالمعنى الوارد في المادة ٩٥١ مدني ، بل هو حائز عرضي (*possesseur à titre précaire*) فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو . فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العيني أو حق المستأجر الشخصي . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتي (١) .

والسيطرة المادية بواسطة الغير (٢) لا تفترض ، فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فيكون هو الحائز إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر المادي العنصر المعنوي . وعلى من يدعى أنه هو الذي يوجد عنده العنصر المعنوي ، وأن الذي يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها نيابة عنه ، أن يثبت ذلك (٣) . وإذا ما ثبت أن

(١) أنظر مايل فقرة ٢٧٠ - أما المادة ٩٥١ مدني سالفة الذكر فهي مقتبسة من المادة ٨٥٥ من التقنين المدني الألماني ، وهذا نصها : « إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التي يؤديها في منزل المخدم أو في صناعة التبوع ، أو بسبب أي مركز آخر مماثل يلزمه أن يأتمر بالأوامر التي يتلقاها من التبوع في شأن هذا الشيء ، فالتبوع وحده هو الذي يعتبر حائزاً » . وقد تشجع التقنين الألماني في هذا النص بالنظرية المادية للحيازة ، فجعل الحائز لحساب غيره في الأصل حائزاً حيازة صحيحة ، ثم استثنى من ذلك حيازة الخدم والعمال والأتباع وغيرهم ممن يأتزمون بأمر المخدم أو التبوع فجعل حيازتهم مجرد إحرازاً *détention* ، وجعل الحيازة الصحيحة *possession* عند المخدم أو التبوع (أنظر مايل فقرة ٢٦٦ و فقرة ٢٦٧ و فقرة ٢٧٠) .

(٢) وسرى فيما يل (أنظر فقرة ٢٦٩) أن للعنصر المعنوي للحيازة ، بخلاف العنصر المادي أي السيطرة المادية ، يكون عند الحائز أصلاً ، ولا يباشره عنه غيره بواسطة . وذلك ما لم يكن الشخص عديم التمييز ، كالطفل غير المميز والمجنون ، فيجوز أن يكسب الحيازة في عنصريها المعنوي والمادي من طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، أي عن طريق الولي أو الوصي أو القيم (أنظر م ٩٥٠ مدني) .

(٣) بلانيول وديبير ويكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٣ .

شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره ، فانه يبقى مباشرا لها بهذه الصفة ، ويفترض فيه أنه مستمر في مباشرة السيطرة المادية بالوساطة عن غيره. فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذي تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية ، وذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يدل في وضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه (١) . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدني كما رأينا : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحياة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحياة سابقة يفترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والقاعدة أن من عنده الحياة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائزا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره ، أو أنه أصبح يحوز لغيره » (٢) .

٢٦٢ — السيطرة المادية على الشيوع : كان المشروع التمهيدى للتقنين

المدنى الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١٤٠٢ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا ، أو حازوا جميعا حقا واحدا ، جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التى ترتب على حياة الشيء أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يجوز لهم من تلك الأعمال » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « كما تكون الملكية شائعة تكون الحياة أيضا شائعة ، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع . ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحياة ، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة « تجنباً للتفصيلات » (٣) .

فالنص قد حذف إذن لأنه تطبيق تفصيلي للقواعد العامة ، فحذفه لا يمنع من العمل به . والحائز على الشيوع يكون عنده العنصران المعنوي والمادى

(١) وهذا ما يسمى بتغير صفة الحياة *interversion du titre* (٢٧٢ مدني : أنظر

مايل فقرة ٢٧٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ فى الهامش .

للحيازة ، ولكنه في العنصر المعنوي يقصد استعمال الحق شائعاً مع غيره لا خالصاً لنفسه ، وفي العنصر المادي يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه . فيقوم بالأعمال المادية للحيازة ، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضاً بها . مثل ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر ، فيسكنان الدار معاً ، ويؤجرانها معاً ، وقد يقتسمها فيها بينهما قسمة مهايأة مكاتبة فيستقل كل منهما بسكنى طابق إذا كانت الدار تشتمل على طابقين ، أو قسمة مهايأة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب .

والحيازة على الشيوع على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع . فلا تحمي حيازة كل شخص بدعاوى الحيازة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع ، فكما تحمي حيازة أحد الشريكين تحمي أيضاً حيازة الآخر على اعتبار أن حيازة كل منهما شائعة . كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقدم إلا شائعاً ، فيملك نصفه مثلاً أو ثلثه شائعاً إذا توافرت شروط التقدم (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الشركاء في الشيوع واضحاً يده على جزء معين تسهلاً لطريق الانتفاع ، فهو يملك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن يتزع من الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق في الأرض . بل كل ماله - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد المدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضح اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة على حقوقه (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص ٦٠) . وقضت أيضاً بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوز حائزه على وجه التخصيص والافتراق . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده برؤية من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غنوص وإيهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته خيازته عند حد حصته مراعيًا حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه . جاز أن يملكوه بالتقدم سواء اشتركوا في خيازته المادية =

وهذا لا يمنع أحد الشريكين من أن يغير بعمله حصة الشروع ، إذا كان هذا العمل يدل في وضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه . وعند ذلك تحمي حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة ، ويكسب الحق كله خالصا بالتقدم إذا توافرت شروطه (١) .

لوقاب في هذه الحيازة بعضهم من بعض . هذا إذا لم يكن المالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لنفسه ، أما إذا كان المالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على حمل التسامح . لكن هذا الفرض يتنقذ كما تنقذ مظنة التسامح من جانب المالك ، إذا كان الغير الذي زعمه في ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة في عقاره استقرت على مناعة حق المالك ومناقضته على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح ، وعندئذ تكون الحيازة صالحة لأن تكون أساسا لملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقدم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٩٧ ص ٩٧) . وقضت أخيراً بأن الحيازة في عنصرها المادي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء الذي يحوز التماثل فيه ، وهي في عنصرها المعنوي تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء . ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة في أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة ، فإن هذه الحصة يصح ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، أن تكون محلا لأن يحوزها شخص على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

وانظر أيضاً نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٢٧ مجموعة عمره رقم ٤١ ص ١٠٦ - استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٢ ص ٢٤١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يحرم على الوارث أن يملك بالتقدم نصيب من ورثته معه ، فهو في ذلك كأي شخص أجنبي عن الشركة يملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة في القانون ، وهي الظهور والهدوء والاستمرار ونية التملك . والبحث في تحقق هذه الشرائط متروك لقاضي الدعوى لتعلقه بالموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض معه إذا هو قد أقام قضاءه في ذلك على ما يمكن لتبريره (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الشريك لا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية العين من غير أن يكون واضحاً من تصرفاته ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً لو مالكاً مستقلاً ، فإذا تبين أن الشريك تجاوز حدود حقه واستغل العين باعتباره مالكاً لها بمفرده ، كاتفراده بالتصرف وجعوده حق شريكه بأي عمل من شأنه أن يقطع بنيته في التملك على صورة واضحة غير مبينة *non équivoque* ، فإنه يملك العين لا محالة لانقطاع كل شك في طيبة وضع يده (استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحللة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة

والحيازة فى الشىوع هى ، كما رأينا ، حيازة يشترك فيها شخصان أو أكثر ، كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه . ومن ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشيوع ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز جزءا مفرزا من هذا الشيء ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشيء غير الحق الذى يحوزه الآخر فيحوز أحدهما مثلا حق الانتفاع والآخر حق الرقبة . أما أن يحوز كل منهما الشيء كله خالصا لنفسه فهذا لا يجوز ، لأن حيازة أحدهما للشيء كله خالصا له تمنع من حيازة الآخر لنفس الشيء على هذا النحو . فإذا اغتصب شخص من المالك أرضه ، أصبح هو الحائز وحده للأرض . أما المالك فقد تجرد من الحيازة ، مع استبقائه لحق الملكية حتى يكسبه الحائز هو أيضا بالتقادم^(١) . ولا يوجد إلا استثناء واحد من هذه القاعدة ، هو أن يغتصب شخص الحيازة من شخص آخر فيصبح هو الحائز ، ويجوز فى الوقت ذاته لمن فقد الحيازة أن يطلب فى خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه بدعوى استرداد الحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . ففى هذه الحالة يعتبر كل من الحائز الفعلى والحائز الذى فقد الحيازة حائرا لنفس الشيء ، دون أن يكونا حائزين على الشيوع . أما الحائز الفعلى فحيازته هى الحيازة الفعلية الواقعة ، وأما من فقد الحيازة فحيازته تتمثل فى إمكان استرداد الحيازة التى فقدتها فى خلال السنة فإذا ما استردها اعتبر كأنه لم يفقدوها أبدا^(٢) .

٢٦٣ - استبقاء السيطرة المادية : ومتى تحققت السيطرة المادية لشخص على شيء ، عقارا كان الشيء أو منقولا ، فإنها تبقى مادامت لم تنقطع . فيستبقى الشخص السيطرة المادية على المنقول ، مادام فى قبضة يده ولم يخرج من حوزته . ويستبقى على العقار مادام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد ، حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة ، تطول أو تقصر ، ويكفى استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة (animo retinetur possessio)

= المكتب الفنى لأحكام النقص فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٧ - استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المجلة ١٥ رقم ٢٨٧ ص ٦٠٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجلة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ ص ١٦٩ .

فما دام الشخص متمكنا من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية ، فانه يستبقى العنصر المادى ما دام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد (solo animo) (١) . فاذا كان الشيء دارا وانقطع الحائز عن سكناها ، أو أرضا وانقطع عن زراعتها ، فانه يبقى مع ذلك محتفظا بعنصر السيطرة المادية على الدار أو على الأرض ، مادام يبقى متمكنا من العودة إلى سكنى الدار أو إلى زراعة الأرض . ولا تروى السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك ، كأن إستولى شخص آخر على الدار أو الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة ، أو إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففقد بذلك عنصر القصد . فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة إلى سكناها ، وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات ولو تعددت مع تمكنه من العودة إلى زراعتها ، قد يشوب الحيازة بعيب التقطع (discontinuité) فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم كما سيجىء ، ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة فى ذاتها ، بل يبقى محتفظا بعنصرها ، عنصر السيطرة المادية الذى استبقاه بتمكنه من العودة إلى هذه السيطرة ، وعنصر القصد الذى لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك أن الشخص قد فقد هذا العنصر (٢) . وإذا بوشرت السيطرة المادية بالواسطة ، فانها تبقى حتى لو تجرد الوسيط عن الحيازة أو مات أو أصبح عديم التمييز ، ما دام أجنبى لم يسعول على هذه السيطرة المادية (٣) .

وقد يتوقف العنصران لعارض طارىء ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معا ، ومع ذلك تستمر الحيازة باقية

(١) نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ - ٧٢ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ١٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٤٧ - ٩ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٤٩ - بودرى وتيسيه ققرة ٢٢٨ - واستبقاء السيطرة المادية على هذا النحو ، أى بالاحتفاظ بعنصر القصد ومجرد التمكن من العودة إلى السيطرة المادية ، مسألة واقع بقدرها قاضى الموضوع (بودرى وتيسيه ققرة ٢٣١) .

(٣) بودرى وتيسيه ققرة ٢٣٠ .

لا تنقطع ما دام النائب قانونا عن الحائز ، من ولى أو وصى أو قيم ، ناب عنه فى خلال وقت معقول فى استبقاء العنصرين ، فيستبقى من فقد التمييز كلا العنصرين بالوساطة (١) .

ب - العنصر المعنوى - العنصر

٢٦٤ - كيف يتحقق عنصر العنصر : يتحقق العنصر المعنوى ، وهو عنصر القصد (animus) ، فى النظرية التقليدية وهى النظرية الشخصية ، بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق الذى يريد حيازته . وإلى جانب هذه النظرية الشخصية التى يمثلها سافيني ، توجد النظرية المادية التى يمثلها إهرنج . وقد وقف التقنين المدنى المصرى الجديد موقفا معينا من هاتين النظريتين . ولا يعتبر استعمال الرخصة من المباحث ولا أعمال التسامح منطقية على عنصر القصد ، فلا تقوم الحيازة على هذه الأعمال لانعدام العنصر المعنوى . وعنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصيا ، فلا ينوب عنه غيره فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز ولا يعتبر عنصر القصد متوافرا عند الحائز العرضى (possesseur précaire) وهو الحائز لحساب غيره ، مالم تتغير صفة الحيازة العارضة فينقلب الحائز العرضى إلى حائز لحساب نفسه . هذه هى المسائل التى نبحثها فى خصوص العنصر المعنوى .

٢٦٥ - النظرية الشخصية فى عنصر العنصر : هذه هى النظرية التقليدية فى الحيازة ، وهى النظرية التى يأخذ بها التقنين المدنى الفرنسى والتقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه . وتذهب إلى أن للحيازة عنصرا معنويا إلى جانب العنصر المادى ، وإلى أنه لا تكفى لتحقيق الحيازة السيطرة المادية (corpus) وهى العنصر المادى ، بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادى توافر عنصر معنوى وهو عنصر القصد (animus) . والمقصود بعنصر القصد ، فى هذه النظرية الشخصية ، أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه . فإذا كان الحق هو حق الملكية - وهو مختلط كما قدمنا بالشئ ذاته طبقا للتقاليد الرومانية

الموروثة - وجب أن يتوافر عند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه (*animus domini*) ، فيتصرف في الشيء تصرف المالك ، يستعمله ويستغله ويستهلكه كما يفعل المالك . وإذا كان الحق هو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، وجب أن يتصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه . فالقصد إذن هو نية الحائز في أن يستعمل الحق لحساب نفسه (*animus rem sibi habendi*) ، سواء كان حق ملكية أو حقا آخر . فالحائز لحساب غيره ، كالمستأجر والمستعير والمودع عنده ، لا يتوافر عنده عنصر القصد ، إذ هو لا يستعمل الشيء لحساب نفسه ، بل يستعمله لحساب المؤجر أو المعير أو المودع .

ولم يكن القانون الروماني يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم ، بل كان يحمي الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة ، دون حاجة إلى توافر هذا العنصر (١) .

أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة ، وقد أشار إليه فقهاء هذا القانون صراحة . بل إن أحدهم ، وهو Dunod ، استعمل التعبير الدال على ذلك ، فذكر عبارة *animus domini* وعبارة *animus rem sibi habendi* ، ولم يكن سافيني هو أول من استعمل هذه التعبيرات . وقد ذكر Domat قبل ذلك أن الحيازة الحقيقية هي إحراز الشخص الشيء على أساس أنه هو المالك له ، فإذا أحرز شخص شيئا لحساب غيره ، كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع ، فإنه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز ، أما الحائز فهو هذا العير الذي عنده قصد التصرف كما لك والذي يحرز الشيء بوساطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع (٢) . وقال Pothier في هذا المعنى إنه لا يجوز الخلط بين الحيازة الطبيعية (*prosscion naturelle*) وبين مجرد إحراز (*détention*) الشخص لشيء لحساب غيره وباسم هذا

(١) جيرار ص ٢٥٩ و ص ٢٦١ - كيك في المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسي والقوانين الأجنبية سنة ١٨٩٤ ص ٥ .

(٢) دوما في القوانين المدنية الكتاب الثالث الباب السابع .

الغير كما هو شأن المستأجر والمودع عنده والمستعير . فاحراز هؤلاء الأشخاص
لشئء المؤجر لهم أو المودع عندهم أو المعار إليهم ليس إلا مجرد إحراز
(*mera custodia*) ، لأنهم لا يحرزون الشئء لحسابهم ، بل لحساب من
أجر الشئء أو أودعه أو أعاره . والمؤجر أو المودع أو المعير هو الحائز ،
ويحرز الشئء عن طريقهم وبوساطتهم (١) .

وانتمل وجوب توافر عنصر القصد في الحيازة من القانون الفرنسى القديم
إلى التقنين المدنى الفرنسى ، ويتبين ذلك من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية
لهذا التقنين (٢) . وأصبح الآن مقرراً فى القانون الفرنسى أن العنصر المعنوى ،
وهو عنصر القصد ، لا بد من توافره لقيام الحيازة (٣) . فلا بد أن يكون عند
الحائز نية استعمال الحق لحساب نفسه ، فإذا انعدمت هذه النية لم تقم الحيازة
ولما كانت النية تتعلق بالشخص ، فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية .
ونادى بها سافينى حتى أنها عرفت باسمه ، فعنده أن عنصر القصد هذا هو
العنصر الجوهرى فى الحيازة ، وهو الذى يقلب مجرد السيطرة المادية إلى حيازة
صحيحة تنتج آثارها . أما من يحرز الشئء لحساب الغير فلا يتوافر عنده عنصر
قصد الحيازة لحساب نفسه (*animus domini*) ، وليس لديه إلا نية الإحراز
لحساب الغير (*animus detinendi*) (٤) .

٢٦٦ - النظرية المادية فى عنصر القصد : وقد عارض إهرنج ، بما
سماه النظرية المادية (*théorie objective*) فى القصد ، النظرية الشخصية
(*théorie subjective*) التى عرفت باسم سافينى فيما قدمناه . فعند

(١) بوتيه فى الحيازة .

(٢) أنظر Lorré ١٦ ص ٥٥٨ وص ٥٦١ .

(٣) وليس من الضرورى أن يتوافر عنصر القصد بالنسبة إلى شئء بالذات ، بل يكفى
أن يتوافر قصد عام إلى حيازة الأشياء التى اتخذت تدابير خاصة لحيازتها . فيعتبر الشخص
حائزاً للرسائل التى أودعت فى صندوق بريده ، حتى قبل أن يعلم أن هذه الرسائل قد
أودعت فى صندوق البريد (بلايول وريير ويكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٣ - بلايول وريير
وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٥ ص ٩١٤) .

(٤) بلايول وريير ويكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦١ - ص ١٦٢ .

إهرنج (١) ليس عنصر القصد عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية ، بل إن هذا العنصر الثاني يتضمن ضرورة العنصر الأول . فالسيطرة المادية هي الحيازة بذاتها ، وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد في الحيازة ، فليست هذه الإرادة أو القصد إلا في الأعمال المادية التي يقوم بها الحائر لتحقيق سيطرته ، إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون أعمالاً إرادية قصدية . فالتأثم لا يحوز ما يلقي في يده في أثناء نومه ، والسجين لا يحوز ما يقيد من الأغلال . وكذلك عدم التمييز لا يستطيع حيازة شيء بنفسه لأنه لا إرادة له ، والأعمال المادية التي يقوم بها تكون أعمالاً غير إرادية . وهو لا يحوز إلا بوساطة الغير ، فينوب عنه الولي أو الوصي أو القيم في الأعمال الإرادية التي تتحقق بها الحيازة . وكل من يسيطر على شيء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصدية يكون حائراً له ، سواء كان يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير . فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائراً ، لأنه يسيطر على الشيء سيطرة مادية وينتفع به . ولا يمنع من أن يكون حائراً أنه لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر أو المعير ، إذ أن إهرنج لا يشترط في الحيازة عنصر القصد بالمعنى المفهوم في النظرية الشخصية . وقد رأينا أن عنصر القصد في النظرية الشخصية معناه أن يحوز الشخص لحساب نفسه ، أما عنصر القصد في النظرية المادية فعناه كما قدمنا أن تكون الأعمال المادية التي يسيطر بها الشخص على الشيء أعمالاً إرادية قصدية ، سواء كان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره (٢) ويقول إهرنج إن هذا كان هو الحكم في القانون الروماني ، فلم يكن هذا القانون يشترط في الحيازة عنصر القصد بالمعنى الذي تقول به النظرية الشخصية ، وكان الحائر لحساب غيره كالحائر لحساب نفسه كل منهما يعتبر حائراً . ولم يكن

(١) أنظر إهرنج في دور الإرادة في الحيازة (ترجمة Meulenaere) - وفي الحيازة نظرية مبسطة في تناول جميع الناس (أعمال مختارة ترجمة Meulenaere جزء ٢ ص ٢١٥ وما بعدها) - وانظر أيضاً Cornil في الحيازة ص ٣٠ وما بعدها وص ٧٠ وما بعدها .
(٢) وقد يختار تشريع معين أن يحمي حيازة الشخص لحساب نفسه دون أن يحمي حيازة الشخص لحساب غيره ، ولكن ذلك لا يمنع في نظر إهرنج من أن الحيازة تتحقق في كل من الفرضين ، وتكون حيازة الشخص لحساب غيره حيازة صحيحة ولكنها حيازة لا يحميها القانون (بودري وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة أولاً) .

القانون الروماني يميز بين السيطرة المادية (*détention*) والحيازة (*possession*) ، فالسيطرة المادية عنده هي الحيازة ولو كانت لحساب الغير . وكان القانون الروماني يحمي الحيازة بهذا المعنى حيث تكون حمايتها نافذة (١) ، فتارة يحمي الحائز لحساب الغير إذا كان يتمتع في حيازته بشيء من حرية التصرف ، وتارة لا يحميه إذا كان في حيازته مجرد تابع لا يصدر إلا عن رأي متبوعه وطبقا للتعليمات التي يتلقاها منه كما هو شأن الخادم والعامل والرسول . ويذهب إهرنج ، تبعا لذلك ، إلى أن الذي يميز الحيازة (*possession*) عن مجرد الإحراز (*détention*) ليس هو وجود قصد الحائز في أن يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية ، فإن وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحيازة ، وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعتبر حائزا بالمعنى الصحيح . ولكن قد يحوز الشخص شيئا ويكون في إحرازه إياه مجرد أداة في يد الغير يحوز الشيء باسمه ولحسابه ، فيكون هذا العنصر عاملا سلبيا يستبعد الحيازة الصحيحة (*causa possessione*) فتتقلب إلى مجرد إحراز (*causa detentionis*) . أما حيث لا يكشف القاضي عن هذا العامل السلبى الذى يستبعد الحيازة ، فقد وجب عليه أن يعتبر الحيازة قائمة لمجرد قيام مظهر خارجي محسوس من السيطرة المادية ، وتكون هذه السيطرة المادية هي الحيازة ذاتها ، ومن ثم سمي إهرنج نظريته بالنظرية المادية .

ولعل أهم نتيجة عملية للنظرية المادية هي جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة ، حيث لا تحميه النظرية الشخصية . وأهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية حيازة المستأجر ، إذ المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر ، ومن ثم لا تحميه النظرية الشخصية ، أما النظرية المادية فتحميه بجميع دعاوى الحيازة (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٥ .

(٢) وقد تأثرت التقنيات الجرمانية بالنظرية المادية للحيازة تأثراً بعيداً ، بل هي قد أخذت بها في نصز صريحة . ففى التقنين المدني الألماني تعرف الحيازة بأنها السيطرة الفعلية *Pouvoir de fait* على الشيء (م ٨٣٤ مدني ألماني) ، فكل من له هذه السيطرة الفعلية يكون حائزاً ، حتى لو كان حائزاً لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن من حيازة والمستأجر =

٢٦٧ - موقف التقنين المرنى المصرى الجديد من النظريتين التقنيتين

والمادية : الآن وقد استعرضنا النظريتين الشخصية والمادية فى العنصر المعنوى

= والمودع عنه . ثم تنص المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه «إذا حاز شخص شيئاً بصفتة صاحب حق انتفاع أو دائناً مرتباً ومن حيازة أو مزارعاً أو مستأجراً أو مودعاً عنه ، أوحازة بأية صفة مماثلة أخرى تجعل له الحق أو تلزمه نحو الغير بأن يحوز حيازة مؤقتة ، فإن هذا الغير يعتبر هو أيضاً حائزاً لشيء» . ويميز التقنين المبنى الألمانى ، كما تميز النظرية المادية ، الحيازة (possession) عن مجرد الإحراز (détention) . فقد يحوز الشخص شيئاً ويكون فى إحرازه إياه مجرد أداة فى يد الغير ، فيكون ذلك عاملاً سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة فتكون مجرد إحراز . وتنص المادة ٨٥٥ من هذا التقنين فى هذا المعنى ، كما رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ فى الهامش) على أنه «إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤدها فى منزل المخدم أو صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن ياتمر بالأوامر التى يلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشيء» ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً . وأخذ التقنين المبنى السويسرى هو أيضاً بالنظرية المادية . فنص فى المادة ٩١٩ منه على أن «من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته» . وتنص فى المادة ٩٢٠ منه على أنه «إذا سلم الحائز لشيء لغيره ، ليولى عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أَوْ حقاً شخصياً ، فكل من الاثنين يكون حائزاً لشيء» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين السويسرى : «إن الذى يعنى المشرع هو الحيازة فى ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التى تستمد من الواقعة المادية التى أوجدت الحيازة . وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع ونية الحائز مسألة تخرج عن نطاق القانون» (Huber : التقنين المبنى السويسرى - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٦٩٤ وص ١٩٥) ويختلف التقنين المبنى السويسرى عن التقنين المبنى الألمانى فى أمرين هامين : (الأمر الأول) أن التقنين السويسرى يقرر فى نصوص صريحة جواز حيازة الحقوق الشخصية ، فترد الحيازة على الحق الشخصى ورودها على الحق العيى . (والأمر الثانى) أن التقنين السويسرى لا يفرق ، كما فرق التقنين الألمانى ، بين حيازة الشخص لحساب نفسه كحيازة المستأجر وحيازة التابع لحساب متبوعه كحيازة الخدم والأتباع . ولا يعتبر ، كما اعتبر التقنين الألمانى ، الحيازة الأولى حيازة صحيحة (possession) والحيازة الأخرى مجرد إحراز (détention) . بل كل من الحيازتين فى نظر التقنين السويسرى حيازة صحيحة ، وما دامت هناك سيطرة مادية على الشيء فهذه السيطرة تكون حيازة جديدة بأن تحمى دعاوى الحيازة (بلائيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٤ - ص ١٦٥) .

أنظر فى الدفاع عن النظرية الشخصية فى وجه النظرية المادية وفى وجوب استبقاء عنصر القصد فى الحيازة : بودرى وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً - وأنظر فى أن النظرية المادية ، وإن كانت تفضل فى مجموعها النظرية الشخصية ، تنطوى على كثير من الصعوبات فى التطبيق ، وفى أنه يجب على كل حال توسيع النظرية الشخصية حتى تنسج حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة : بلائيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ .

الحيازة وهو عنصر القصد ، نقف قليلا لتعرف ماهو موافق التقنين المدني المصري الجديد من هاتين النظريتين (١) .

لا شك في أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية ، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهى امتداد الحيازة إلى الحقوق الشخصية وعلم اقتصارها على الحقوق العينية. ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملي ، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصى ، وحى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة (٢) . وللتدليل على ما ذكرناه تقدم ما يأتى :

أولا - كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٣٩٨ منه ، يعرف الحيازة على الوجه الآتى : « الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣) نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدني السويسرى ، وهما مادتان

(١) والذى يذهب إليه جمهور الفقهاء في مصر هو أن التقنين المدني الجديد قد أخذ ، كالتقنين المدني السابق ، بالنظرية الشخصية (أنظر محمد على حرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٩ - ص ٥٠٢ - إسماعيل غانم ص ١٠١ - ص ١٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٩ - حسن كيرة ص ٨٥ - رمزي سيف الوجيز في المرافعات طبعة ١٩٥٧ فقرة ١٣٩ و فقرة ١٥٦ - أحمد أبو الوفا في المرافعات طبعة ١٩٥٥ فقرة ١١٤ - أحمد مسلم في أصول المرافعات طبعة ١٩٥٩ فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٧) . وهناك من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بالنظرية المادية للحيازة ، فيحتسب الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة كما يحتسب بها الحائز لحساب نفسه (عبد المنعم الشرقاوى في المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥٩) . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد لم ينحز إلى جانب أى من النظريتين ، بل اتخذ موقفاً وسطاً بينهما (عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٤٢) .

(٢) وقد كان توضع المشروع التمهيدى في الحيازة على هذا النحو ، واستمداده هذا التوسع من النظرية المادية ، هو القدر المقبول الذى يحقق التوازن ما بين النظريتين الشخصية والمادية ، ويأخذ من كل منهما بالقسط الصالح ، وهو ما يميل الفقه الفرنسى إلى الأخذ به (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - وأنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في آخرها في الهامش) .

(٣) أنظر مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة إيضاحية الجزء الرابع ص ٢١٧ .

متأثرتان إلى حد بعيد جداً بالنظرية المادية^(١) . والعبارة الأخيرة الواردة في نص المشروع التمهيدى ، وهى « أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق » ، قصد بها استعمال أى حق ، سواء كان هذا الحق عينياً أو شخصياً ، جريداً على نهج نصوص التتمين المدنى السويسرى سالفة الذكر . ويقطع فى ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إليها : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شئ أو حق . فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية^(٢) » . فالمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية ، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التتمين المدنى السويسرى ، ما فى ذلك من ريب^(٣) . ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتق النظرية المادية اعتناقاً تاماً وأن يهجر النظرية الشخصية ، فإن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيازة ، قالت ما يأتى : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق^(٤) » . وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية ، وتعريف

(١) أنظر آنفاً ص ٨٠٧ هامش ٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠ .

(٣) وما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى . وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق . ولكن لا يجوز للحائز أن يحتاج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ - ٤٨٤) . ولا شك فى أن هذا النص ، لو استبقى ، لكان يصبح دليلاً قاطعاً على أن الحيازة ، كما تتناول الحقوق العينية ، تتناول أيضاً الحقوق الشخصية . وهو على كل حال لم يحدف إلا اكتفاء بالقواعد العامة ، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أن ترفض ماورد فيه من الأحكام .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١ .

للعنصر المعنوي للحيازة على النحو الذي تعرفه به هذه النظرية (١) .

ثانياً - ينى المشروع التمهيدى متأثراً بالنظرية المادية في الحيازة ، فاعتبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) كما تقضى بذلك النظرية المادية ، ولم يعتبرها مجرد إحراز (détention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصية . ولم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذين يأتمرون بأوامر مخلصهم ومتبوعهم ، فاعتبر هذه الحيازة مجرد إحراز وهذا ما تقضى به النظرية المادية في الحيازة كما رأينا (٢) . وقد نصت المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهي مقتبسة من المادة ٨٥٥ مدنى ألمانيا المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتى : « لا تلوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة » . وقد أشير في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر ، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصى لحساب نفسه ، وقد ورد في هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر ، ويحوز للمالك حق الملكية » (٣) .

ثالثاً - وأبلغ أثر للنظرية المادية في المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على اعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) لا مجرد إحراز (détention) نتيجة المنطقية ، وهي حماية حيازة المستأجر لحقه

(١) ويقطع في استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد في الحيازة أن المشروع التمهيدى المادة ٩٦٣ مدنى جرى على الوجه الآتى : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شئ واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معينة » . وهذا النص يقرر في وضوح أن الحيازة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة على الحيازة القانونية المقترنة بعنصر القصد ، فتكون الحيازة إذن مشتملة على عنصرين ، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد . وقد استبقى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال ، فى التقنين المدنى الجديد كما سئرى (أنظر مايل ص ٨١٥ هامش ٢) ، واستبقاؤه دليل على أن الحيازة المادية في هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أى الحيازة المقترنة بعنصر القصد .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

الشخص بجميع دعاوى الحيازة . فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، أخذاً في ذلك بالنظرية المادية للحيازة . وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع في هذا الخصوص على ما يأتي : « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صلب من أجنبي ، ما دام المتعرض لا يدعى حقاً ، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق في أن يقاضى باسمه المتعرض مطالباً بالتعويض ، وبما له من حق في أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد (١) » .

ويستخلص مما قدمناه أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة ، فاستبقى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق ، وأخذ من النظرية المادية التوسع في نطاق الحيازة ومدها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية . فهل بقيت الحال على ما كانت عليه في المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تيناً مدنياً وتشريعاً معمولاً به ؟ لتتظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها في المشروع التمهيدى ، لرى هل بقيت على حالها في التقنين المدنى الجديد ، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية : .

١ - فقياً يتعلق بالنص الأول (م ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى) ، وهو النص الخاص بتعريف الحيازة ، سار النص في مراحله التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فلقى اعتراضاً « لأنه تعريف ناقص ، ويتقصه ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك . وقد أشار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية » . وقررت اللجنة حذف النص « اكتفاءً بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه » ، وورد في تقريرها : « رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية » (٢) . ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك في التعريف ، إذ كان التعريف لا يذكر إلا السيطرة المادية أى العنصر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ في الماشر - وانظر آنفاً فقرة ٢٥١

المادى، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية . ولما طالت المناقشة ، ولم يتغلب رأى على آخر ، لا رأى التشيع بالنظرية الشخصية تشبعا تاما ولا رأى الذى يحيل إلى الأخذ بالنظرية المادية ، حذف النص وترك الأمر للفقهاء يقول رأيه فيه . وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية فى الحيازة ، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية ، بل إن الأمر فى ذلك متروك للفقهاء .

٢ - وفيما يتعلق بنص المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهو النص الخاص بحيازة الخدم والأتباع لحساب مخدمهم ومتبوعهم وباعتبار هذه الحيازة مجرد إحراز مادية لا حيازة بالمعنى الصحيح ، اقتصر على تعديل النص تعديلا لفظيا فى لجنة المراجعة . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء طويلا فى ورود الحيازة على الشيء دون الحق ، فقال بعض بأن الحيازة قد ترد على الشيء دون الحق ، وقال بعض آخر بأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق وبأن حيازة الشيء ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء . وقد لى هذا رأى الأخير موافقة أغلبية اللجنة ، فحذفت كلمة « الشيء » التى تصاحب كلمة « الحق » اكتفاء بالكلمة الأخيرة (١) . ويلاحظ أن هذه هى الخطوة التى اتبعت دائما حيث ذكرت كلمة « الشيء » سابقة على كلمة « الحق » ، فإن كلمة « الشيء » تحذف لأن حيازة « الشيء » ليست إلا حيازة حق الملكية ، ولم يكن حذف كلمة « الشيء » سببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء (٢) ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدى كما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦ .

(٢) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ - ويبدو أنه يعتقد أن النظرية المادية لا تقوى بحيازة الحق وإنما تقول بحيازة الشيء ، والذى يقول بحيازة الحق هو النظرية الشخصية فهو يقرر ، لتدليل على صحة نظره من أن التقنين الملقى الجديد لم يأخذ بالنظرية المادية لأنه جرد الحيازة فى جميع صورها لا ترد إلا على الحقوق ، ما يأتى : « وأبلغ من ذلك فى الدلائل صحة نظرنا ، إذا احتاج النهار إلى دليل ، أن المادة ٩٥٢ التى تتكلم عن انتقال الحيازة أضيفت إليها فى لجنة المراجعة عبارة مؤداها أن الحيازة تنتقل بمجرد تغيير نية الحائز ، وهو ولولم يكن هناك تسلم مادية . كما صرحت لجنة المشروع الملقى لمجلس الشيوخ على أن تحذف من مشروع هذا النص كلمة الشيء التى وردت فيه قبل كلمة الحق ، حرصاً منها على اتساق خطتها -

هو — فيما عدا بعض تعديلات لفظية — في التقنين المدني الجديد في المادة ٩٥١ منه ، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتمييز في الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر ، وبين مجرد الإحراز المادي (détention) كحيازة الخدم والأتباع . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد بقي يحمل آثار النظرية المادية في الأخذ ببعض مبادئها .

٣ — وفيما يتعلق بنص المادة ١/٧٧٤ من المشروع التمهيدى ، وهى الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، استبقى النص كما هو — فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة — في التقنين المدني الجديد في المادة ١/٥٧٥ منه . ويستخلص من بقاء هذا النص في التقنين المدني الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملي للنظرية المادية ، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فذلك الحيازة إلى الحقوق

— السابقة التى تجعل الحيازة فى كل صورها لا ترد لإلزام الحقوق (محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٤) . والصحيح أن لجنة مجلس الشيوخ ، كما بينا فى المتن ، اعتبرت أن حيازة الشيء ليست إلا حيازة حق الملكية فى هذا الشيء ، فالحيازة إذن لا تقع على الشيء وإنما تقع على الحق . فسلفت كلمة الشيء مكتفية بكلمة الحق لهذا السبب ، لا لأنها أرادت أن تتحايل الأخذ بالنظرية المادية . ولا شك فى أن كلا من النظريتين الشخصية والمادية تقول بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، لا فرق بينهما فى ذلك . والتقنينان المانيان والألماني والسويسرى ، وهما التقنينان اللذان أخذتا بالنظرية المادية فى نصوص صريحة ، كما يقولان بحيازة الشيء يقولان أيضاً بحيازة الحق . فى التقنين الماني الألماني تجوز حيازة حق الارتفاق (م ١٠٢٩) ، كما تجوز حيازة حق الانتفاع وحق رهن الحيازة وحق المستأجر وحق المودع لديه (م ٨٦٨) . وفى التقنين المدني السويسرى تجوز حيازة حق الارتفاق وحق رهن الحيازة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (م ٩٢٠) . والذى يميز بين النظرية الشخصية والنظرية المادية هو تفسير عنصر القصد أو النية . فتبرزه النظرية الأولى وتشرط أن تكون نية الحائز هى أن يجوز لحساب نفسه ، فالحائز لحسب غيره هو حائز مرضى . ولا تعتبر حيازته حيازة صحيحة بل هى مجرد إحراز مادي لا تحميه دعاوى الحيازة . أما النظرية المادية فتدفع عنصر النية فى عنصر الحيازة المادية على الوجه الذى سبق بيانه ، وتجعل حيازة الحائز لحساب غيره حيازة صحيحة تحمى دعاوى الحيازة ، ما لم يكن الحائز خادماً أو تابعاً فتجعل الحيازة الصحيحة فى هذه الحالة عند الخدم أو المتبوع . وكذلك التقنين المدني الفرنسى ، وهو التقنين الذى أخذ بالنظرية الشخصية ، يقول بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٢٢٢٨ منه كما هو معروف .

الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، وقد تأثر في ذلك تأثراً ظاهراً
بالنظرية المادية (١) .

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدني الجديد ، ولو أنه أخذ من
حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوي
وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق (٢) ، قد تأثر تأثراً كبيراً
بالنظرية المادية . فد الحيازة ، أخذاً بهذه النظرية : إلى الحقوق الشخصية ،
ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم
تطبيق عملي للنظرية المادية ، إذ حى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة
في المادة ١/٥٧٥ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها
حماية بالمعنى الصحيح (possession) تحمى بجميع دعاوى الحيازة . وميز في الوقت
ذاته ، في الحيازة لحساب الغير ، بين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر ،
وبمجرد الإحراز المادي (détention) كما هو الأمر في حيازة الخدم والأتباع
لحساب مخدميهم ومتبوعيهم ، وذلك في المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ
في ذلك بالنظرية المادية (٣) .

(١) انظر في ذلك الوسيط ٩ فقرة ٢٧١ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦ وقرة ٢٨٢ ص ٣٧٢ .
(٢) وبطل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدني قابلت ما بين الحيازة المشتتة على عنصر نية
استعمال الحق وبمجرد الحيازة المادية ، حين نصت على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة
حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل
على هذه الحيازة بطريقة معينة » . انظر في هذا المعنى أحمد أبو الوفا في المرافعات المعينة
والتيجارية ص ١٢٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٣) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتنى حماية يده
بدعاوى الحيازة فلا تكن حيازة عرضية ، أما ما أباحه القانون المدني في المادة ٥٧٥ للمستأجر
وهو حائز عرضي من رفع دعاوى الحيازة . فإنما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ
عام ، وذلك لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحائزين
والمرتهن حيازياً والمودع لديه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم
٧٠ ص ٥١٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩
ص ١٠٦) ، فإن حكمها هذا يستوقف النظر . ذلك بأن المستأجر لا تحميه دعاوى الحيازة في
حق الملكية ، لأنه حائز عرضي بالنسبة إلى هذا الحق . وإنما تحميه هذه الدعاوى في حقه
كمتأجر ، لأنه فيه حائز أصيل . فهو إذن لم يحى استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض ،
بل جاء تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضى بحماية الحائز الأصلي دون الحائز العرضي . وكذلك يجب -

٢٦٨- انتفاء عنصر القصد في إتيانه الرخصة من المباحات وفي أعمال

التسامح نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي :
« لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ،
أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح » (١) .

وهذا النص يميز بين عمليتين : (١) عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة
من المباحات . (٢) وعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح . ويشترك العاملان
في أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة ، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية
وعنصر القصد يتخلف في العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلف عنصرها
مما ، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف في العمل الثاني فلا تقوم الحيازة لتخلف
أحد عنصرها .

والعمل الذي يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (acte de pure
faculté) هو عمل يكون للشخص الحرية التامة في أن يأتيه أولاً

— أن يعامل المرتهن حيازة ، فهو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمي حيازته لهذا الحق
وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحصى باعتباره حائزاً لهذا الحق .

ومهما يكن من أمر هذا الجدل ، فإن العبارة بالحلول العملية التي أوردتها المشرع ، فهي
تليح على الوقوف عندها ، دون إغراق في الاهتمام بالعبارات والتقسيمات) أنظر في هذا المعنى
هودي وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً ص ١٦٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة ، أو عمل يتحملة الشخص على
سبيل التسامح » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين
المدني الجديد تحت رقم ١/١٠٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم
١٠٢١ - ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ -
ص ٤٥١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١١٤٥ : « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه

مجرد إباحة ، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه . وكذلك لا تقوم على أعمال منتظمة .
(موافق) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

يأتيه ، فإذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه . فهو إذن في إتيانه لهذا العمل لا يتعدى حل حق لأحد ، ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح . بل إن العمل محض رخصة يأتيها ، فلا هو في إتيانها حاز حقاً لأحد ولو مجرد حيازة حادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد ، ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة لتخلف عنصريها كما سبق القول . من ذلك أن يقيم شخص حائطاً على حدود ملكه يفصل بينه وبين جاره ويفتح في هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع بها فعلاً أى اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ولا يكسب حقاً قبل الجار ، ويجوز للجار حتى لو بقي المنور مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة أو أكثر أن يقيم حائطاً في حدود ملكه يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم (١) . ومثل آخر للرخصة يأتيها الشخص فلا تقوم له حيازة ولا يكسب حقاً أن يفتح مطلاً مستوفياً لقيد المسافة ، فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية ، لأن صاحب المثل لم يكسب حقاً قبل جاره بفتح المثل إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات (٢) . ولكن الجار لا يستطيع أن يفتح في الحائط الذي

(١) أنظر الوسيط ٨ ققرة ٤٨١ ص ٧٩٠ - وانظر استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٣٢٢ - ملطاً الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه ١٩٣١ - ١ - ٦٥٩ - بودري وتيسيه ققرة ٢٧٧ ص ٢١٥ - بلانبول وريير ويكار ٣ ققرة ٩٦٢ ص ٩٤٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المثل لا يعتبر ارتفاقاً للعقار المثل على العقار المثل عليه حتى كان مفتوحاً على المسافة القانونية ، أما فتح المثل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه ، له نفعه وعليه خطره . ولا بد ، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمثل يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة الغفوة والفضل من جانب صاحب العقار المجاور ، وانتفاء شبهة الانحصار في الانتفاع بالمثل على القدر الذي تركه قائمه من ملكه بينه وبين جاره . وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين المالكين ، ومن شأنه أخذ من مجال النظر من المثل . فإذا فتح المالك في ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع -

أقامه في حدود ملكه مطلقاً لأنه لا يكون في حدود المسافة القانونية ، وعليه إذا أراد فتح مطلقاً في هذا الحائط أن يعتمد عن الخط القاصد بمقدار المسافة القانونية ، أو أن يقتصر على فتح منور إذا أقام الحائط في حدود ملكه (١) .

ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة على إتيان رخصة من المباحات أن الشخص يأتي رخصة ، أي يقوم بعمل إيجابي ، ولكن هذا العمل لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقاً بالتقدم كما قدمنا . وهناك صورة عكس ذلك ، يتمتع فيها الشخص عن إتيان رخصة من المباحات ، أي يقوم بعمل سلبي . وفي هذه

صورتين سور الجاريقابلها ، فإنه ، مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار ، إنما يكون مخالفاً في فتح هذه النواقد ، من جهة قصور عمله هذا في الدلالة على معنى التمتع (empiètement) الذي هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانوني على حق ارتفاق بالمطل يراد كسبه بمضي المدة على ملك الغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه في أن تطل على ملكه تلك النواقد وعلى احتفاظه بحقه في البناء على نهاية ملكه في كل وقت . ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور يتراجع في تربيته وسط فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم ، وأنه مكن الجار باستناده من إجراءاته من كسب حق عليه ، إذ حق المالك في ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يتخذ صاحبه فيه بنير اتفاق صريح (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٢١) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٦٥ ص ٢٢٧ - استثنائية الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٢ ص ١٦٩ - مصر الكلية ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٢٣ رقم ٢٢٧ ص ١٢٥٤ .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٢ - وانظر نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٢١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٢٨٩ ص ٨٤١ - ولا يوجد في مصر حق سيل بالنسبة إلى المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة ، كياه الأسطار . فإذا تحمل صاحب الأرض المنخفضة سيل هذه المياه على سيل التسلسل ، لم يكسب صاحب الأرض المرتفعة حق ارتفاق بالسيل ولو بقيت المياه تسيل في الأرض المنخفضة خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا انتزع صاحب الأرض المنخفضة بالمياه التي تسيل في أرضه ، فإن هذا عمل يمد رخصة من المباحات يأتيها دون أن يكسب بها حقاً . فلو لم ينتزع بهذه المياه خمس عشرة سنة أو أكثر ، وأراد صاحب الأرض المرتفعة بعد انقضاء هذه المدة أن يمنع من هذه المياه ، بأن يقيم مثلاً سدّاً يحول دون سيلها في الأرض المنخفضة ، فليس لصاحب الأرض المنخفضة أن يتمسك بأنه كسب حق ارتفاق لأنه ظل ينتزع بالمياه خمس عشرة سنة ، فهو في انتفاع هذه المياه إنما أتى كما قدمنا برخصة من المباحات لا يكسب بها حقاً (بوردو وتيسيه فقرة ٢٧٧) .

الحالة لا نكون بصدد عدم كسب حق عن طريق التقادم المكسب ، بل نكون بصدد عدم سقوط حق عن طريق التقادم المسقط . مثل ذلك أن يكون لمالك الأرض حق البناء عليها وأن يعلى بنائه كما يشاء في الحدود التي ترسمها اللوائح والقوانين ، فهذه رخصة لمالك الأرض له ألا يأتيا ، فإذا هو لم يقيم على أرضه بناء وتركها فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فإن رخصته في البناء لا تسقط بالتقادم المسقط ، ويستطيع أن يقيم بناء على أرضه في أى وقت شاء . ولا يستطيع جاره أن يحتج بأنه بقي ينتفع بمجاورته لأرض فضاء لا تحول دون الرؤية إلى مدى واسع مدة خمس عشرة سنة ، وبأنه كسب حق ارتفاع على جاره بعدم البناء (*servitude non aedificandi, non altius tollendi*) على هذا النحو . ومثل ذلك أيضا أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، فهذه رخصة ، للجار ألا يأتيا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ولا تسقط رخصته في طلب وضع الحدود بانتقضاء هذه المدة ، وتبقى دعوى تعيين الحدود غير قابلة للسقوط بالتقادم (١) . ومثل ذلك أخيرا أن للجار الذي لم يساهم في نفقات تعلية الحائط المشترك أن يصبح شريكا في الجزء المعلق (م ٨١٦ مدني) فهذه أيضا رخصة للجار ألا يأتيا ، فإذا هو لم يأتيا وانقضت على التعلية مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، لم تسقط رخصته في أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق ولو بعد انقضاء هذه المدة (٢) . ففي هذه الأمثلة وغيرها (٣) لنا في صدد إثبات رخصة من المباحات لا تقوم به الحيابة ولا يكسب حق بالتقادم كما في الأمثلة المتقدمة ، بل نحن في صدد عدم إثبات رخصة من المباحات والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتقادم (٤) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٥٨ ص ٧٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٦٠٨ ص ١٠٠١ .

(٣) وذلك كحق الشريك في طلب قسمة المال الشائع فهذه رخصة ، وحق الجار في طلب حق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل عندما تتوافر الشروط التي يطلبها القانون فهذه كلها رخص للشخص أن يستعملها أو ألا يستعملها ، وهي لا تسقط بالتقادم إلا لم تستعمل .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ١٦١ - فقرة ١٧٤ وقرة ٢٧٩ - فقرة ٢٨١ .

وننقل الآن إلى الأعمال التي يتحملها الغير على سبيل التسامح (*actes de simple tolérance*) . وهذه الأعمال ، بخلاف إتيان الرخص من المباحات ، تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير ، ففيها إذن اعتداء على هذا الحق . ولكن صاحب الحق لا يحمل هذه الحيازة المادية على محمل الاعتداء ، بل يتحملها على سبيل التسامح . وكذلك من يقوم بهذه الحيازة المادية بتجرد من عنصر القصد ، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادي رخص له فيه صاحبه ولو ترخيصا ضمنيًا وتسامح معه فيه ، حفاظًا منه على حسن العشرة ومراعاة لحسن الجوار . فتكون الحيازة هنا قد تجردت من أحد عنصريها وهو عنصر القصد ، فقام العنصر المادي وتختلف العنصر المعنوي ، (١) فهي إذن لا تقوم (٢) . مثل ذلك أن يختار صاحب الأرض المحبوسة ممرا له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني بل في عقار آخر ، أو أن تكون الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ولكن صاحبها يمر في أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بقي صاحب الأرض في هاتين الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فإنه يكسب بالتقادم حق ارتفاع بالمرور في الأرض التي يمر فيها طول هذه المدة . وذلك ما لم يثبت أن مرور صاحب الأرض كان على سبيل التسامح ولم يكن عند هذا الأخير قصد استعمال حق ارتفاع بالمرور ، فعند ذلك تكون حيازته لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب أي حق (٣) . ومثل ذلك أيضا أن يفتح الجار مطلا أو منورا في الحائط المشترك ،

(١) إسماعيل غانم ص ١٠٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضي المبانى ، وكان مدعى وضع اليد عليها لم ينتفع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائق وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها ، فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها ، إذ أنه من قبيل الأفعال التي تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحداً حقاً قبل الآخر مهما طال الزمن عليها (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٤ ص ٦٩) . وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٢ - بلانيول وديبير وبيكار ٢ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(٣) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٧ - الوسيط ٨ فقرة ٤٧١ ص ٧٧١ - ص ٧٧٢ . وقد جاء في المذكرة -

ويبقى المظل أو المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم ، فإن الجار يكسب حق ارتفاق بالمظل أو بالمنور في الحائط المشترك . وذلك ما لم يكن جارة الشريك في الحائط قد تركه يفتح المظل أو المنور على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة المظل أو المنور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب الجار أى حق (١). ومثل ذلك أيضا أن يقيم الجار على حدود ملكه حائطا يفتح فيها مطلا على أرض الجار وهي أرض فضاء ، فيطلب أن يترك صاحب الأرض الفضاء جاره يفتح المظل على سبيل التسامح ، لأن فتح المظل في هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضبره أن يفتح جاره مطلا عليها . وعلى ذلك يكون الجار الذي فتح المظل وتسامح له جاره في ذلك لم يحز حق المظل إلا حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمظل على جاره ولو بقي المظل مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر (٢). ومثل ذلك أخيرا أن يترك الجار مواشى جاره ترعى في أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاق ويجوز منعه في أى وقت من رعى مواشيه في أرض الجار (٣) ،

— الإيضاحية لمشروع التمهيدى : • ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متدية ، لا مجرد وخصه ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فن كان يمر بأرض جاره ، وقد رخص له الجار في ذلك لا على أن له حق ارتفاق ، لا يعتبر حائزا لحق المرور (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) .
(١) انظر الوسيط فقرة ٦٠٢ ص ٩٩٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : • ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره ، فترك الجار المظل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه مادامت أرضه فضاء ، لا يعتبر حائزا لحق المظل • (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطامن تمسك في كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار إليها في طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المظل لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة عن طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا ، وكان هذا للدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى ، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه ، فإنه يكون قد شابه قصور يطله في هذا الخصوص (نقض مطلق ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة للمكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ ملأ جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٥) .

(٣) أو أن تقيم البلدية في أرضه ، عند حصد المحصول ، موقا ، فلا تكسب البلدية حق انتفاع ، لأن صاحب الأرض إنما ترك البلدية تقيم الحقوق على سبيل التسامح (نقض لفرنسى -

أو أن يترك الجار طريقاً خاصاً لا يستعمله يمر فيه جاره على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الجار لاحق ملكية ولا حق ارتفاق بالتقادم ، أو أن يترك الجار لجاره مخزناً مهجوراً يضع فيه أمتعته على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الأخير ملكية المخزن بالتقادم . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسب هذه الأعمال لاحق ملكية ولا حق ارتفاق (١) . وقد يدق الأمر ، فيتلمس القاضى أية علامة مادية تم عن نية التسامح عند الجار ، كأن يحيط الطريق الذى يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته فى الاحتفاظ بطريقه ، ولو فتح فى هذا السياج باباً يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح (٢)

- ٤ يولي سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٢١ - بودرى وتيسيه ققرة ٢٨٢ ص ٢٢٠ - بلانيول وديير وبيكار - ٣ ققرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(١) ولارقابة على محكمة الموضوع فى تقريرها ، متى كان هذا التقرير مبنياً على أسباب سائفة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب بملك ابنه كان من قبيل التسامح ، وأن يده بناء على ذلك يد عارضة لا تكسب الملكية بمضى المدة ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض ، لكون ذلك من التقديرات الموضوعية التى لا شأن لمحكمة النقض بها مادامت مبنية على ما يسوغها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٥٢١) . وقضت أيضاً بأنه إذا استتجت المحكمة من الوقائع أن انتفاع واضح اليد إنما كان مبنياً على التسامح الذى يحدث بين الجيران ، فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ، ولارقابة عليها لمحكمة النقض (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٢) . ويلاحظ أن الجوار فى ذاته سبب سائق لتسامح الجار مع جاره ولولم نقل بأن أعمال التسامح لا تجعل الجار حقاً ، لتشد كل جار مع جاره ، ولمنه من إثبات أعمال فى ملكه لا ضرر عليه منها ، خشية أن يكسب الجار حقاً على ملك جاره (بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦١ ص ٩٤١) .

والرأى الراجح أن التسامح لا يعتد به إلا بالنسبة إلى الشخص الذى صدر منه التسامح ، فإذا باشر شخص حق ارتفاق على أرض جاره عن طريق تسامح الجار ، فحق الارتفاق لا ينفذ فى حق هذا الجار ، ولكنه ينفذ فى حق النير (أوبرى ورو ٢ ققرة ١٨٠ ص ١٣١ وهامش ١٦ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦١ ص ٩٤١ - نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥ - ١ - ٥٠٧ - ٢٥ يولي سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٩٩ - وانظر عكس ذلك حيوار ققرة ٤٩٢ - لوران ٢٢ ققرة ٢٩٧ - بودرى وتيسيه ققرة ٢٨٤) .

(٢) نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٢٩ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧ - بودرى وتيسيه ققرة ٢٨٥ ص ٢٢١ .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادية والمعنوية . فتتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة وتنتج آثارها . ويتحقق ذلك بأن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعتبر معارضة لحق المالك ، ويشعره بأنه إنما يحوز حقا وأنه يقصد استعماله ، فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العناصر المادية والعنصر المعنوي ، وتنتج آثارها القانونية . فيعمد مثلا صاحب الأرض المنخفضة الذي يتلقى ماء المطر من الأرض المرتفعة ويياشر رخصة الانتفاع بها إلى وضع مواسير في الأرض المرتفعة تنقل منها المياه إليه ، فيدل بذلك على نيته أنه لا يياشر رخصة وإنما يستعمل حقا ، وتصبح حيازته حيازة صحيحة كاملة ، وإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فإنه يكسب حق ارتفاق على الأرض المرتفعة . أو يعمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف الطريق الذي يمر فيه أو إلى تعبيده إذا لم يكن معبدا ، وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة الكاملة التي توافر فيها عناصرها المادية وعناصرها المعنوية ، فإذا استمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها ويكسب الحائز حق ارتفاق بالمرور في الطريق أو حق ملكية الطريق ذاتها بحسب الأحوال . ولهذا نظير في الحيازة العرضية ، فسرى أن هذه الحيازة تنقلب إلى حيازة صحيحة غير عرضية إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل يعتبر معارضة لحق المالك (م ٩٧٢ / ٢ مدني) (١) .

٢٦٩ - عنصر القصر يجب أنه يوجد عند الحائز شخصيا فهو يجوز

النيابة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز - نص قانوني : تنص المادة ٩٥٠ مدني على ما يأتي :

(١) انظر مايل فقرة ٢٧٢ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٢٨٦ - بلانول وريير

« يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية » (١) .

وقد قلنا (٢) أن العنصر المادي للحيازة، أي السيطرة المادية، تجوز مباشرتها بواسطة الغير، كالحادم والتابع والحائز العرضي. أما العنصر المعنوي للحيازة وهو عنصر القصد، فهو بخلاف العنصر المادي لا تجوز مباشرته بالواسطة، بل يجب أن يكون موجوداً عند الحائز نفسه شخصياً. فلا يجوز أن يكون عنصر القصد عند غير الحائز، ولا يصح أن يجوز شخص حقاً ويكون قصد استعمال هذا الحق موجوداً عند غيره، لأن القصد أمر شخصي فلا بد أن يوجد عند شخص الحائز ومع ذلك إذا كان الحائز عديم التمييز (٣)، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز، فإن إرادته تكون معلومة، فيستحيل أن يتوافر عنده

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٤٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، بعد تعديل لفظي، تحت رقم ١٠٢٥ في المشروع النهائي وأعادته مجلس النواب إلى ما كان عليه في المشروع التمهيدى تحت رقم ١٠٢٢، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣).

ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: .

التقنين المدني السوري م ٩٠٨ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م ٩٥٤ (مطابق).

التقنين المدني العراقي لا مقابل.

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٣) أما إذا كان الحائز مميزاً، كالصبي المميز والمجنون عليه لسه، فإنه يجوز أن يتوافر عنده شخصياً عنصر القصد، إذ لا يشترط في توافر عنصر القصد كمال الأهلية، بل يكفي التمييز (امتناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧). لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى تشترط الأهلية (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١ - محمد علي حرة ٢ فقرة ٨٠ ص ١٤٠). وعنصر القصد، أي نية التملك، من مسائل الواقع، وللمحكمة الموضوع السلطة التامة في التعرف على نية واضح اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها في ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض، مادامت هذه العناصر مدونة في حكمها وتفيد تلك النتيجة التي استفادتها (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٩).

عنصر القصد ، إذ أن هذا العنصر يحرص وجود الإرادة . ومن ثم تفتى
الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجودا عند من ينوب نيابة قانونية عن
عديم التمييز ، من ولي أو وصي أو قيم . فيحوز عديم التمييز الحق ، وينوب عنه
نائبه في كل من عنصرى الحيازة ، العنصر المادى والعنصر المعنوى ، ذلك لأن
العنصر المادى أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إرادية ، وعديم
التمييز لا إرادة له ، فهو غير قادر على السيطرة المادية وهى العنصر المادى ،
كما هو غير قادر على عنصر القصد وهو العنصر المعنوى ، فينوب عنه نائبه
في كل من العنصرين (١) .

٢٧٠ - **الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير :** والحيازة العرضية
(*possession précaire*) ليست حيازة صحيحة ، لأن من يحوز الحق
حيازة عرضية لا يحوزه بل لحساب نفسه ، بل يحوزه لحساب غيره . فعنصر
القصد ، أى قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه ، غير موجود عند
الحائز العرضى ، بل هو موجود عند الغير الذى يستعمل الحق باسمه . فهذا
الغير هو الحائز ، يباشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه ، ويباشر عنصر السيطرة
المادية بواسطة الحائز العرضى . فمالك الشيء مثلا يحوزه عادة ، أى يجمع بين
عنصرى الحيازة ، فيسيطر على الشيء سيطرة مادية بقصد استعمال حق الملكية
فيه لحساب نفسه . وقد ينتقل السيطرة المادية على الشيء لحائز عرضى ، كتابع
لو وكيل أو صاحب حق انتفاع أو دائن مرتهن رهن حيازة أو مستأجر أو
مستعير أو مودع عنه . ويبقى محتفظا بعنصر القصد ، أى قصد استعمال حق
الملكية ، ولكن عنصر السيطرة المادية ينتقل إلى الحائز العرضى ، فيكون المالك
حائزا للشيء بواسطة الحائز العرضى (*corpore alienq*) . والذى يميز
الحائز العرضى أن حيازته للشيء حيازة مادية محضة ، وأنه يحوزه لحساب غيره ،
وأنه يلتزم برده للمالك . وهذا الالتزام بالرد (*obligation de restitution*)

(١) انظر آنفا ص ٨٠٦ - وانظر بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ١٤٩ -

كولان وكاييتان ودى لامورانديير ١ ققرة ١١٦٢ ص ٩٤٦ - مازو ققرة ١٤٣١ مارك

ورينو ققرة ١٨ ص ٢٦ - حى كيرة ص ٩٤ .

هو الذي يحدد مركز الحائز العرضي ، وهو الذي يجعل حيازته حيازة مادية محضة (*détention*) أى حيازة عرضية . فالحائز العرضي (*prossesseur*) (*précaire*) إذن هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشيء يباشرها باسم الحائز ولحسابه ، وذلك بموجب عقد كما هي الحال في التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمرتهن ومن حيازة وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز ، أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هي الحال في الحارس والسنديك ومصنئ التركة ومصنئ الشركة بعد حلها والوصي والقيم والوكيل عن الغائب . وينشأ الالتزام بالرد من العقد لو من القانون بحسب الأحوال (١) . والحائزون العرضيون فريقان :

(الفريق الأول) الحائزون العرضيون الذين يتزلون من الحائز الأصلي مترلة التابع من المتبوع ، فيأتمرون بأوامره ويلتزمون بتعليماته وليست لهم أية حرية في التصرف . وقد قدمنا (٢) أن المادة ٩٥١ مدني ، وتنص الفقرة الأولى منها على أن « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان للوسيط يباشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » ، مقصورة على هؤلاء . ورأينا (٣) أن هذا الفريق الأول يشمل الخدم والعمال والمستخلمين ومائز الأتباع كالطاهي والسائق وناظر الزراعة ، والوكيل مادام يعمل باسم الموكل وبأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء الذي اشتراه في حدود الوكالة (٤) ، والولي والوصي والقيم إذا كان القاصر أو المحجور عليه مميزا ، والمدير أو المفوض من الشخص المعنوي في حيازة ماله ، وبوجه عام كل شخص يباشر

(١) فالحيازة العرضية إذن هي مركز يتفق مع القانون ، بخلاف الحيازة غير العرضية فلها مركز قد يتفق مع القانون كما في حيازة المالك لما يملكه ، وقد يخالفه كما في حيازة المص للشيء الذي يسرقه وحيازة المقتصب للشيء الذي يفتصبه . والحائز العرضي إنما يجوز الشيء حيازة مادية بناء على سند قانوني صحيح ، إما لأنه تعاقد مع الحائز ، أو لأن القانون يفرض عليه مهمة معينة تستوجب انتقال الحيازة المادية إليه . ولكن هذا السند القانوني الصحيح هو نفسه الذي يجعل الحيازة حيازة عرضية ، لأنه يتضمن اعتراف الحائز العرضي بأنه يجوز الشيء لحساب غيره . وبأنه ملتزم برده لهذا الغير (بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٦٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) أنظر نقص مدني ٦ يونيو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١١ ص ٧٩٢ .

السيطرة المادية على الشيء لحساب غيره ويكون تابعا يأتمر في هذه السيطرة بأوامر من يشارها لحسابه .

(والفريق الثاني) الحائزون العرضيون الذين يحوزون لحساب غيرهم ، ولكنهم لا يعتبرون أتباعا للحائز الأصلي بل يبقى لهم شيء من حرية التصرف في حيازتهم . ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى ، وصاحب حق المحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع ، والمستعير ، والحارس والمودع عنده (١) . فهؤلاء يختلفون مع الفريق الأول في أنهم مثله يحوزون لحساب غيرهم ، فهم جميعا حائزون عرضيون (٢) . ولكنهم يختلفون عن الفريق الأول في أنهم لا يقتصرون

(١) أما البائع الذي لم يلم المبيع إلى المشتري واستبقاه في حيازته ، وعارض حق المشتري معارضة يستخلص منها أنه قصد استبقاء الحيازة لحساب نفسه ، فانه لا يعتبر حائزاً عرضياً بل حائزاً أصيلاً ، ويجوز أن يتمك المبيع بالتقادم الطويل . ولا يمنعه من ذلك ضمانه للعرض إذا سقطت دوى الضمان بالتقادم . انظر في هذه المسألة توسط ٤ فقرة ٢٢١ . وقد قضت محكمة النقض بأن التزام البائع بضمان عدم التعرض للالتزام أبلى يتولد من عقد البيع ولولم يشهر ، فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم أولى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية (نقض ملق ١٢ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٢) . وانظر أيضاً نقض ملق ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٦٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٢٨٥ ص ١١٢١ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٥٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٩٨ - استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٣٢ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ١٥ ص ١٧٢ - وانظر من هذا الرأي في الفقه : لوران ٢٢ فقرة ٣١٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٠٦ - محمد حل حرق ٢ فقرة ١٤٣ - حسن كيرة ص ٩٥ - وانظر من الرأي العكسي : كولان وكايتان ودى لاموراندهير ٢ فقرة ٥٦٧ - الملل وحامد زكي . في البيع فقرة ٣٤١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٤ ص ٥٤٠ هامش ٣ .

(٢) ولكن يشترط أن يكون الحائز العرضي حائزاً فعلاً للحق وله السيطرة المادية عليه ، فلا يكفي مثلاً صدور عقد إيجار المستأجر لجملة حائزاً عرضياً إذا كان لم يتول فعلاً . مل العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف

على حيازة الشيء مجرد حيازة مادية (*détention*) ، بل هم يجمعون إلى هذه الحيازة المادية حيازة صحيحة كاملة (*possession*) لحق عيني أو حق شخصي يحوزونه لحساب أنفسهم . ويتوافق عندهم بالنسبة إلى هذا الحق عنصران الحيازة ، السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم ، فهم إذن لا يعتبرون حائرين عرضيين لهذا الحق ، بل هم حائزون أصليون . ويصدق هذا على الأقل على صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع . فكل من هؤلاء يعتبر حائراً عرضياً للشيء بالنسبة إلى حق الملكية فيه ، إذ يحوز هذا الحق لحساب المالك لا لحساب نفسه ، ولا يباشر فيه إلا السيطرة المادية نيابة عن المالك (١) . والحائز لحق الملكية هو المالك وحده ، فهو الذي يوجد عنده عنصر القصد ، ويباشر السيطرة المادية بوساطتهم (٢) . أما بالنسبة إلى الحق العيني من حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق رهن حيازي ، أو بالنسبة إلى الحق الشخصي من حق المستأجر

= هو عمل من الأعمال القانونية، وهو لا يكتفى لتوافر الركن المادي لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطنان ، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعل على هذا الجزء . فإذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جاء بسبب الحكم أن شخصاً آخر غير مستأجر تلك الأطنان هو واضح اليد مادياً على الجزء المتنازع عليه ، وأنه لم يكن يدفع عنه إيجاراً لناظر الوقف ولا المستأجر منه ، فإن القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره لغيره دون التثبت من وضع اليد الفعل هو استدلال غير سائغ قانوناً ، إذ العبرة بوضع اليد الفعل لا بمجرد تصرف قانوني قد يطابق أولاً يطابق الحقيقة (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٢٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلهذا أن يستد إليها عند الحاجة . وإذن فلي تثبت الحيازة للمستأجر في مواجهة المتعرضين له ، ورددت إليه بحكم نهائي ، فإن المؤجر يعتبر مستمراً في وضع يده مدة الحيازة التي لمستأجره (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١٠) .

(٢) والمالك وحده هو الذي تتحقق في شخصه آثار حيازة حق الملكية ، فيستطيع أن يلجأ في حماية هذه الحيازة إلى جميع دعاوى الحيازة ، ويتم التقدم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدي إلى التقدم (بلايول وريير وبيكار ٣ ققرة ١٦٢) .

لوحق المزارع ، فان كلا منهم يجوز الحق الذي يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ، ويجمع فيه بين عنصرى الحيازة عنصر السيطرة المادية وعنصر القصد ، فيعتبر حائزا حيازة صحيحة كاملة لهذا الحق ، ويستطيع أن يلجأ في حماية حيازته هذه إلى جميع دعاوى الحيازة . بل إن الحيازة بالنسبة إلى هذا الحق تنتج آثارها كاملة ، فيجوز لمن يجوز حقا عينيا منهم أن يملك هذا الحق بالتقادم ، كما يجوز أن يملك الحق العيني العقاري بالتقادم القصير إذا كان حسن النية ، وإذا كان الحق العيني منقولا تملكه بالحيازة المقرنة بحسن النية (١) .

ولما كنا هنا في صدد الحيازة العرضية ، فتقتصر عليها لتبين أحكامها ، ويستوى في هذه الأحكام الفريقان الأول والثاني السابق ذكرهما . ونترك جانبا الحيازة الأصلية لمصاحب حق الانتفاع وغيره من أصحاب الحقوق العينية والحيازة الأصلية للمستأجر والمزارع فيما يتعلق بالحق العيني أو الحق الشخصي الذي يباشره كل منهم ، فهذه الحيازة الأصلية تسرى عليها أحكام الحيازة شأنها في ذلك شأن كل حيازة أصلية أخرى (٢) .

٢٧١- أحكام الحيازة العرضية : والحائز العرضي ، أى الحائز لحساب غيره أيا كان ، لا يستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة العرضية لكسب حق بالتقادم (٣) ، أو لحماية هذه الحيازة بدعوى من دعاوى الحيازة . وهو لا يستطيع ذلك إلا باسم الحائز الأصيل ، إذ أنه يجوز لحسابه . فالمستأجر مثلا لا يكسب حق الملكية على العين المؤجرة بالتقادم ، مهما طال مدة حيازته للعين . وإنما يستطيع أن يتمسك باسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة ، كأن يكون (١) بودى وتيسيه ققرة ٣٠٤ - ققرة ٣٠٤ مكررة - بلانيول وريير ويكار ٢ ققرة ١٦١ ص ١٧٧ هاش ٣ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ ققرة ١١٦٤ ص ٩٤٩ .

(٢) أنظر في حيازة المستأجر لحقه الشخصي كتأجير حيازة أصلية وحماية هذه الحيازة بجميع دعاوى وضع اليد : الوسيط في الإيجار ٦ ققرة ٢٧١ وققرة ٢٨٢ .

(٣) أنظر في حيازة الوكيل العرضية وكونها لا تؤدي إلى التملك بالتقادم : نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ علما جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٦ - وتنص المادة ٢٥٨ / ٢ من قانون الملكية العقارية البناني على ما يأتي : ولا يجوز للمزارع ولا للمستغل ولا للوديع ولا للمستفيد ولا للورثتهم أن يدعوا بمرور الزمن .

المؤجر غير مالك العين ويكون قد وضع يده عليها مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً ، ثم أجرها وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى ، فيعتبر المؤجر قد حاز العين بواسطة المستأجر هذه المدة الأخيرة ، فيكون قد أكمل مدة التقادم لكسب ملكية العين . وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يحمي حيازته لحق ملكية العين المؤجرة بدعوى الحيازة ، لأن هذه الحيازة حيازة مادية محضة وهي لحساب المؤجر ، فإذا لجأ مثلاً إلى دعوى منع التعرض فيما يتعلق بالملكية لم يستطع اللجوء إليها إلا باسم المؤجر . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى جميع دعوى الحيازة فيما يتعلق بحيازته لحقه الشخصي كمستأجر ، ويرفع هذه الدعوى أصالة عن نفسه لا باسم المؤجر ، فقد قلنا أنه إذا كان يعتبر حائراً عرضياً بالنسبة إلى حق الملكية فإنه يعتبر حائراً أصيلاً بالنسبة إلى حقه مستأجر .

وعلى ذلك لا يستطيع الحائز العرضي أن يحمي باسمه حيازته العرضية كما قلنا . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى الوسائل التي ينحولها إياه القانون لحماية نفسه ولدفع الاعتداء عنه . فيستطيع مثلاً إذا انتزع منه الشيء عنوة وجبراً أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة ، وهذه هي دعوى الحيازة الوحيدة التي يستطيع الحائز العرضي أن يرفعها باسمه ، وذلك لحرص القانون على أن يحافظ على الأمن العام . ويستطيع الحائز العرضي أن يستبقى حيازة الشيء حتى يستوفى ماله من حقوق في ذمة الغير بسبب هذه الحيازة ، ولكن ذلك لا يرجع إلى أن القانون يحميه في حيازته العرضية ، بل يرجع إلى ماخوله إياه القانون من الحق في حبس العين حتى يستوفى ماله من الحقوق (١) .

ولا يستطيع الحائز العرضي أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم . فالمرتهن رهن حيازة لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم ، مهما طال الزمن الذي تبقى فيه العين في يده ولوزاد على خمس عشرة سنة (٢) . ويستوى في ذلك أن يكون المالك للعين هو المدين الراهن ، أو كانت

(١) بلانيول وريير ويكار ٣ قرة ١٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة مهما طال مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالمحكر السنوي (نقض ٢ يونيو سنة ١٩٢٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٨ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢١) .

العين مملوكة لغيره . فإذا كان المالك هو المدين الراهن ، وبقيت العين في يد الدائن المرتهن رهن حيازة مدة خمس عشرة سنة أو أكثر سواء استوفى الدائن حقه أو لم يستوفه ، فإن الدائن لا يملك العين بالتقادم ضد المدين مالك العين ، وذلك طوال المدة التي تبقى فيها حيازة الدائن حيازة عرضية ولم تتغير صفاتها فتتحول إلى حيازة أصيلة على الوجه المقرر في القانون والذي سيأتي بيانه (١) . وتبقى حيازة الدائن للعين حيازة عرضية لا يكسب بها ملكية العين بالتقادم ، حتى لو سقط التزامه برد العين إلى المدين الراهن بالتقادم المسقط بعد استيفائه الدين . فسقوط الالتزام بالرد بالتقادم المسقط لا يمنع من أن تبقى الحيازة حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم المكسب ، وإذا كان المدين الراهن لا يستطيع بعد تمام التقادم المسقط أن يرفع على الدائن دعوى الاسترداد الشخصية ، فإن ذلك لا يمنعه من رفع دعوى الاستحقاق العينية إذ أن الدائن لم يكسب ملكية العين بحيازته العرضية (٢) . وإذا كانت العين المرهونة رهن حيازة مملوكة لغير المدين الراهن ، فإن الدائن لا يستطيع أيضا بحيازته العرضية أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد مالكيها الحقيقي ، ويستطيع هذا الأخير أن يسترد العين من الدائن بدعوى الاستحقاق بعد إدخال المدين في الدعوى ولكن يجوز للدائن أن يكسب حق الرهن لا حق الملكية ، لأنه يجوز الحق الأول لحساب نفسه فهو أصيل في حيازته إياه كما قلنا . فإذا كان حسن النية والمرتهن

(١) أنظر مايل فقرة ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة هي حيازة عارضة لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كان عقد البيع يمتد رهنًا ، فإن بطلانه ، سواء باجباره فيما لورهنًا ، لا يغير من حقيقة الواقع في شأنه ، وهو أن نية الطرفين فيه قد انصرفت إلى الرهن لا إلى البيع . ومن ثم فإن وضع يد المرتهن لا يكون بنية التملك ، بل يعتبر عارضا ، فلا يكسب المالك مهما طال عليه الزمن (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٤) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠ وانظر بودري وتيسيه فقرة ٢٢٥ .

العين من غير مالك ، فانه يكسب حق الرهن بمجرد الحيازة في المتقول ،
ونخمس سنوات وهي مدة التتادم القصير في العقار . أما إذا لم يكن حسن
النية وارث العين من غير مالك ، فلا يملك حق الرهن ، سواء في العقار أو
في المتقول ، إلا بالتتادم الطويل أي بخمس عشرة سنة .

وتبقى الحيازة العرضية على صفحتها هذه مهما طال ، فلا تحمي بدعاوى
الحيازة ولا تكسب الملكية بالتتادم على النحو الذي قدمناه . وتنقل من الحائر
العرضي إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث ، وهكذا تنتقل من
وارث إلى وارث دون أن تتغير صفحتها . فلو أن حائرا عرضيا ، كودع عنده
أو حارس ، بقى واضعا يده على العين المودعة أو الموضوعه تحت الحراسة مدة
طويلة ، ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه ، وبقيت الورثة واضعين اليد على
العين مددا طويلة أخرى (١) ، ولو بلغت هذه المدد مائة عام أو أكثر ، فإن
أحدا منهم لا يكسب ملكية العين بالتتادم ، لأن كلا منهم حيازته عرضية (٢) .

(١) وقد قضى بأنه إذا كان الطامن قد دفع الدوى بادعائه ملكية المنزل المطلوب تقديم
الحساب عنه بمقولة إنه وضع يده عليه هو ومورثه من قبله المدة الطويلة المكسبة للملكية ،
فرفض الحكم المطعون فيه هذا الدفع استناداً إلى أن حيازة الطامن للمنزل هو ومورثه كانت
حيازة عارضة (كان المورث دائماً مرتباً) لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن ، فإن هذا الذي
أقام عليه الحكم قضاء هو تقدير سليم لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ٢٨
فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم
١١ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦
مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض
٩ رقم ٧٩ ص ٦٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ -
وانظر بودري وتيسيه ققرة ٣١٤ وققرة ٣٢٢ وققرة ٣٢٤ ص ٢٥٣ - عبد المنعم فرج
الصلة ققرة ٣٥٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التي تقرها المادة ٧٩ مدني (قديم) صريحة في
أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتي معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو
ولا ورثته الملك بوضع اليد ، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن . وحكم المادة ٧٩ مدني
(قديم) يسري على الواقف المستحق للوقف وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده ، مهما تسلسل
توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير
صفة وضع يده (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في
٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٦) . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٢
مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٢ - استئناف مصر
٣٥ مايو سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٨ رقم ٤٥٧ ص ١٠٤٥ .

ويستوى في ذلك أن يكون الوارث حسن النية أو سوء النية ، كما يستوى إذا كان سوء النية أن يستبقى صفة مورثه أو أن يضع يده كما لك ، فإدامت حيازة مورثه حيازة عرضية ، ولم يغير هو صفة هذه الحيازة بأن يحولها إلى حيازة أصيلة على الوجه الذي قرره القانون ، فإن حيازته تبقى كحيازة مورثه حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب ملكية العين بالتقادم . أما إذا نقل الحائز العرضي ملكية العين إلى خلف خاص بتصرف ناقل للملكية ، معاوضة أو تبرعا ، فإن الخلف الخاص لا تكون حيازته حيازة عرضية ، بل تكون حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعوى الحيازة وتصلح لكسب الملكية بالتقادم . ذلك لأن الخلف الخاص يتتبع حيازة جديدة توافرت فيها عناصر الحيازة من قصد وسيطرة مادية ، أما الخلف العام فتنتقل إليه حيازة مورثه ذاتها فتبقى عرضية كما كانت عند مورثه (١) . ويستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سوء النية ، فلو كان يعلم حقيقة حيازة سلفه وأنها حيازة عرضية ، فإن ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته هو حيازة أصيلة مادام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضي بل على أنه مالك (٢) .

وقد قلنا (٣) إن الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ ملغى تنص على ما يأتي : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فإن كانت استمرارا لحيازة سلفه افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها » . ونرى من ذلك أن القانون قد وضع قرائن قانونية تدلل كثيرا من الصعاب التي تحوط بالحيازة العرضية ، وكيف تثبت هذه الحيازة . وقد قررنا في هذا الصدد (٤) أن الحيازة العرضية لا تفترض ، بل يفترض في الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة لا حيازة عرضية . وعلى من يدعى العكس ، ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره فلا يستطيع مثلا أن يملك بالتقادم ،

(١) بودري وتيسيه ققرة ٣١٧ - ققرة ٣١٨ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ١٦٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه ققرة ٣١٩ - وأنظر عكس ذلك نقض فرنسي

٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٢٨ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ١٦٤ ص ١٧٩ .

(٣) أنظر آنفا ققرة ٢٦١ .

(٤) أنظر آنفا ققرة ٢٦١ .

أن يثبت ذلك فهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) . فإذا ما ثبت أن الحيازة حيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره ، فإنه يفترض أنه قد بقى حائزاً عرضياً على ما كان عليه ولم تتغير صفة حيازته ، إلى أن يثبت هو أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصيلة (٢) . فنتظر الآن كيف تتغير صفة الحيازة ، فتتحول من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة .

٢٧٢- تتغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة - نص قانونى :

تنص المادة ٩٧٢ مدنى على ما يأتى :

- ١ - ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة .
- ٢ - ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته ، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . ولكن فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغير (٣) .

(١) بودرى وتيسيه ققرة ٢٧٠ .

(٢) بلانيول وريبيروبيكار ٣ ققرة ١٦٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٣ من المشروع التمهيلى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٧ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ١٠٦/٧٩ : لا تثبت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضحاً يده عليها بسبب مطوم غير أسباب التملك ، سواء كان السبب مبتدأ منه أو سابقاً من آلت منه إليه . وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمتنع والمودع عنده والمستعير ، ولأورثتهم من يعلم .

(والنص يفتق فى حكمه مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦١ : لا يكتسب شخص بمرور الزمن حقاً عينياً ضد سنده الشخصى أو ضد سند مورثيه .

(والنص موافق فى حكمه لحكم التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أن الحائز العرضي يبقى حائزا عرضيا كما قدمنا
 مهما طال الزمن على حيازته . فلا يستطيع أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد
 تغيير نيته ، كأن يعلن المستأجر المؤجر مثلا أنه غير نيته من حيازة العين كستأجر
 إلى حيازتها كما لك ولو صاحب هذا الإعلان أن يتمتع عن دفع الأجرة للمؤجر .
 فإن إعلانه تغيير نيته لا يغير من صفة حيازته العرضية ، وامتناعه عن دفع
 الأجرة إخلال بالتزامه كستأجر ، وهذا وذاك لا يكفيان في تحويل حيازته
 العرضية إلى حيازة أصيلة . وعلى ذلك تبقى حيازته حيازة عرضية ، ولا يستطيع
 بموجبها أن يكسب ملكية العين المؤجرة بالتقادم ، وهذا لأنه « ليس لأحد أن
 يكسب بالتقادم على خلاف منته ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه
 سبب حيازته » (١) . كذلك وارث الحائز العرضي يبقى حائزا عرضيا مثل
 مورثه كما سبق القول ، ولا يستطيع تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة
 بمجرد تغيير نيته وإعلانه أنه أصبح يحوز كما لك على خلاف حيازة مورثه .
 ومن ثم لا يستطيع كسب ملكية العين التي تلقاها من مورثه بالتقادم لمجرد أنه
 غير بنفسه لنفسه أصل حيازته وهي في أصلها حيازة عرضية ، وهذا لأنه
 « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف منته ، فلا يستطيع أحد أن يغير
 بنفسه لنفسه . . . الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة » .

ولا يستطيع الحائز العرضي أو وارثه أن يكسب بالتقادم ملكية العين ،
 إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى
 حيازة أصيلة ، ولا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا التحول ،
 ومن ذلك الوقت أيضا يمكن للحائز أن يحتج بدعوى الحيازة (٢) .
 وتغير صفة الحيازة العرضية وتحول إلى حيازة أصيلة بأحد أمرين (٣) :

(١) نقض ملئ ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٢٩ .

(٢) بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ١٦٥ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « إذا كان الحائز
 يده سند إيجار مثلا ، فهو حائز لحق المستأجر . وليس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية
 إذا لم يقترن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه ، كأن يتعرض الغير للحائز
 فيدعى هذا الملكية أو يمارض الحائز حق المالك بفعل ظاهر . ولا يبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة
 إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) . ويلاحظ أن =

(الأمر الأول) فقل يصدر من الغير : وهذا الفعل يكون عادة تصرفاً ناقلاً للملكية (١) ، يتلقاه الحائز العرضى من الغير فتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة ، إذ أن الحائز يحوز العين من وقت هذا التصرف كمالك لحساب نفسه ، لا كحائز عرضى لحساب غيره . ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يحتسب كمالك بجميع دعاوى الحيازة كما قدمنا ، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم . مثل ذلك أن يعتقد المستأجر للعين أنه استأجر من غير المالك ، فيتقدم إلى الشخص الذى يعتقد أنه هو المالك ويشتري منه العين . فهنا قد صدر تصرف ناقل للملكية من الغير وهو الشخص الذى يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك ، وقد صدر هذا التصرف إلى المستأجر وهو الحائز العرضى . فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له ، ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقى للعين (٢) . ولا يشترط أن يكون الحائز العرضى ، وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية ، حسن النية أى يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقى . فلو كان

ساجداً بالذاكرة الإيضاحية، من أن صفة الحيازة تنبئ بمرضى الغير للحائز فيسمى هذا الملكية محل للنظر ، كما سيتبين عند الكلام فى الفعل الذى يصدر عن الغير فيما يل فى نفس الفقرة . وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد بسبب وقى معلوم غير أسباب التملك لا يعتبر صالحاً لتسلك به ، إلا إذا حصل تغير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية . وهذا التغير لا يكون إلا بإحدى اثنتين : أن يلقى ذواليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابه ذواليد الوقتية مالك للعين بمجابهة ظاهرة صريحة بصفة الفعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزعج إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها . دونه (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ١ رقم ٣٥٢ ص ١٩٧ . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٨ - استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١١ ص ١٧٩ - وهذان البيان لتغير صفة الحيازة لها هذا الأثر لصالح أى حائز عرضى ، وضد أى شخص آخر سواء كان من الغير أو كان هو الشخص نفسه الذى تلقى الحائز العرضى منه الحيازة (بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ٢٥٦) .

(١) أما التصرف الكاشف عن الملكية فلا يسمح بحيازة جديدة أصيلة تختلف عن الحيازة السابقة (بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ ص ٢٥٦ هامش ٢) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ ص ٢٥٦ .

سمى النية ، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك ، فإن التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هو أيضا من صفة حيازته فتقلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة (١) . وفى جميع الأحوال يجب أن يتصرف الحائز على مقتضى سنده الجديد الناقل للملكية ، ففى المثل الذى قدمناه يجب أن يتمتع المستأجر بعد أن تلقى التصرف من دفع الأجرة للمؤجر . فيستطيع عندئذ أن يملك العين ، إما بالتقادم القصير إذا كان حسن النية إذ أن لديه السبب الصحيح ، أو بالتقادم الطويل إذا لم يكن حسن النية . وكذلك يستطيع فى الحالتين أن يحضى حيازته الجديدة بجميع دعاوى الحيازة ، ولو ضد المؤجر . أما إذا استمر بدفع الأجرة للمؤجر ، فإن حيازته تكون حيازة غامضة (équivoque) ، لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم ولا لأن تحمى بدعاوى الحيازة (٢) .

ويمكن أن يصدر التصرف الناقل للملكية للحائز العرضى من نفس الشخص الذى يحوز الحائز العرضى العين باسمه ، فتحول الحيازة العرضية بذلك إلى حيازة أصيلة . وذلك بأن يصدر التصرف الناقل للملكية من المؤجر نفسه وهو المالك الحقيقى ، فيشترى المستأجر منه العين المؤجرة ويحوزها منذ شرائها كمالك لحساب نفسه . بل قد يكون المؤجر غير مالك للعين المؤجرة ، ويتلقى منه المستأجر عقد البيع فتحول به حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع المستأجر فى هذه الحالة أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد المالك الحقيقى ،

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه ققرة ٢٢٩ - ققرة ٢٣٠ - ولكن كثيرا من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يخالفون هذا رأى وينصبون إل وجوب أن يكون الحائز العرضى حسن النية وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية (بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ١٦٦ وص ١٨٠ هامش ١ - بلانيول وريير وبولانجيه ١ ققرة ٢٢٢٨ - بيدان ٤ ققرة ٦٦٥ - محمد حل عرفة ٢ ققرة ٨٩ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ٤٩٠ - إسماعيل غانم ص ١٠٤ - عبد المنعم فرج الصبة ققرة ٥٤٤) . ولكنهم لا يمجذون فى رأيهم هذا سندا من نصوص القانون التى لا تشترط حسن النية . وقد رأينا مثل هذا الخلاف فى حالة ما إذا تلقى خلف خاص حيازة الثمن من حائز عرضى ، وقررنا هناك كما نقرر هنا أنه يستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية لوسى النية (أنظر آنفا ققرة ٢٧١) .

(٢) بودرى وتيسيه ققرة ٢٢٨ - ققرة ٢٢٩ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة

كما يستطيع أن يحتج بجميع دعاوى الحيازة ضد المالك الحقيقي وضد المولجر (١).

(والأمر الثاني) فعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك : ولا يكفي في ذلك مجرد إنكار الحائز العرضي لحق المالك وإعلانه ذلك على ملأ من الناس ، بل لا يكفي تصرفه في العين تصرف المالك فهدمها مثلاً أو بقم عليها بناء أو يبيعها ، فإن هذا يعد تعسفاً منه في استعمال حيازته العرضية وليس من شأن هذا التعسف أن يغير صفة الحيازة ويحولها إلى حيازة أصيلة (٢) . بل يجب أن يعارض الحائز العرضي حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين ، يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك (٣) .

وقد يكون هذا النزاع نزاعاً قضائياً ، فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضي برد العين إليه ، ويدعي الحائز ملكيتها . ولكن ليس من الضروري أن يكون النزاع قضائياً ، فيكفي أن يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بانذار رسمي أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو باخطار شفوي على أن يكون عليه عليه هو عبء إثبات الإخطار . ففي هذه الحالة يكون الحائز قد عارض حق

(١) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٢٢١ - نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٨١٠ سيرة ٧١ - ١ - ١٦١ .

(٢) وقد قضى بأن عدم المياني وإقامتها من جديد من جانب واضح اليد بطريق النيابة عن غيره لا يعتبر بذاته تنكيراً لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجابهة المالك بالسبب الجديد ، ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن (نقض ملق ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١٥ ص ٨٧١) . وقضى أيضاً بأن وضع يد الواقف المستحق في الوقف والناظر عليه حتى وفاته وضع يد وقفي، وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوباً بالوقفية ولو كان بنية التملك ، ومن ثم فإن رهن الواقف أو أحد أولاده عين الوقف رهناً تأمينياً لا يتم به تغيير صفة الحيازة ، إذ هو لا يتضمن مجابهة حق جهة الوقف بعمل إيجابي ظاهر (نقض ملق ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر أيضاً نقض ملق ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الملقي لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٣ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٣ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٧ ص ٤٤٤ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٢٢٤ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ .

المالك وأعلنه بهذه المعارضة ، وذكر له أنه يضع يده على العين كمالك لا كحائز عرضي . فن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه ، تتقلب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصيلة ، تجوز حمايتها بدعوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، وتصلح لكسب ملكية العين بالتقادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة . وقد لا يعلن الحائز العرضي المالك بمعارضته لحقه ، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعياً أنه هو الذي يملكها ، فيكون في هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة ، فتتقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعوى الحيازة وتؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم (١) . ونرى من ذلك أن هذا الأمر الثاني التي تتغير به صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة تختلف عن الأمر الأول في أن الحائز العرضي في الأمر الثاني لا يحصل على سند جديد لحيازته بل يكون حائزاً دون سند ، أما في الأمر الأول فقد رأينا أنه يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير (٢) .

وسواء تغيرت صفة الحيازة العرضية بالأمر الأول أو بالأمر الثاني ، فإن تقدير الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة يترك إلى قاضي الموضوع (٣) ، ولكن تحت رقابة محكمة النقض لئلا ترى ما إذا كانت هناك أسباب سائفة دعت

(١) وقد قضى بأنه إذا حصل تكليف رسمي برد العين المودعة ورفض المودع عنده ردها ، فإن هذا الأخير يكون بذلك قد أنكر ملكية المودع وتظاهر بملكته للعين المودعة لنفسه ، وغير ذلك سبب وضع يده عليها ووضع يده بنية التملك علناً بلاشائبة ، فلذلك يملكها بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ التكليف بالحضور (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . وقضى كذلك بوجوب أن يجابه ذواليد الوقفية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة ، وبصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة في أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستتار بها دونه (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٧) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ - مازو فقرة ١٤٣٠ - حسن كيرة ص ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٣٩ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

محكمة الموضوع إلى تقدير هذه الوقائع والسندات على وجه معين (١) .
 وإثبات الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة تسرى فيه القواعد العامة ،
 فيجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات ، أما التصرفات القانونية
 فلا يجوز إثباتها بالبينة أو القرائن إلا فيما لا يزيد على عشرة جنهات . ويجب
 أن يتمسك الخصم رد المصلحة بأن صفة الحيازة قد تغيرت ، فلا يجوز للقاضي
 أن يحكم بتغير صفة الحيازة من تلقاء نفسه (٢) .

§ - ٢ عيوب الحيازة

(Vices de la possession)

٢٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي
 « وإذا اقترنت (الحيازة) باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ،
 فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس
 عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » (٣) .
 ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
 دون نص .

(١) يودري وتيسيه فقرة ٢٣٧ من ٢٦٢ - نفس فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٨٦٢ -
 دالوز ٦٢ - ١ - ٢٤٤ - أنظر مع ذلك جيوارا فقرة ٤٨٣ - ميك ١٤ فقرة ٣٧٨ .
 هذا وقد كان ينبغي أن تتغير حيازة الوارث للعائز العرضي فتقلب إلى حيازة أصيلة
 إذا اعتقد الوارث بحسن نية أن حيازة مورثه حيازة أصيلة ، لنفس الاحتمالات التي سبق
 ذكرها فيما يتعلق بزوال عيب الإكراه بمجرد انقطاع الإكراه : أنظر في تفصيل ذلك مايل
 فقرة ٢٨٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه
 الآتي : « وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال مقطعة ، أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية
 لو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس
 عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » . ووافقت لجنة المراجعة على النص
 تحت رقم ٢/١٠٢٤ في المشروع النهائي بعد أن حلفت عبارة « وكذلك تقوم الحيازة على أعمال
 مقطعة » دون أن تذكر شيئاً لهذا الخلاف ، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في
 التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت
 تحت رقم ٢/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ من ٤٤٨ - ص ١٥١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧/٩٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ وم ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ - ١/٢٥٨ (١) .

هذا وقد أغفل النص ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة ، وكان هذا العيب مذكوراً في المشروع التمهيدي للنص (٢) ، وحلف دون سبب ظاهر في لجنة المراجعة . والصحيح أن الحيازة يجب ، حتى تكون حيازة صحيحة تنتج آثارها القانونية ، وبخاصة حتى تحمي بدعاوى الحيازة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم ، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة ، أي أن تكون خالية من عيوب الحيازة . فعيوب الحيازة هي إذن عدم الاستمرار (التقطع) ، والخفاء (عدم العلانية) ، والإكراه (عدم الملوء) ، والغموض (اللبس) (٣) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ (مطابق) .

م ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) : وكذلك لا تقوم (الحيازة) على أعمال متقطعة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتب حق القيد في السجل العقاري ، فيما يتعلق بالمقارنات والحقوق غير المقيمة في السجل العقاري ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة سلمية مستمرة مدة ...

م ١/٢٥٨ : يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التي يظهر فيها باستعمال الحق الموجود في اليد بصورة احتيادية متقطعة ، ويمكن لمن يدعي بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذي اتصل به المقارن إليه . (والقانون اللبناني يتفق مع التقنين المصري ، إلا أن القانون الأول لا يصرح بعيب الغموض ، ويذكر عيب التقطع إذ يشترط في الحيازة الاستمرار) .

(٢) انظر ص ٨٤٠ هامش ٢ .

(٣) ونقول للاذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في هذا الصدد : ويجب أن تكون الحيازة شروط سلمية ، هي الاستمرار والملوء والظهور والوضوح . فالحيازة المتقطعة ، والحيازة بالإكراه ، والحيازة الخفية ، والحيازة النافضة (كمحاذاة الراوث) كل هذا لا يصح حيازة سلمية ، (بموجبه الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

ويجب التمييز بين عناصر الحيازة وعيوب الحيازة . فالحيازة لا توجد إلا إذا توافر عنصرها ، على الوجه الذى سبق بيانه تفصيلا . فإذا توافر عنصرها ووجدت ، فانه يجب أيضا أن تكون خالية من العيوب حتى تنتج آثارها ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكون ميا لتملك (١) . والعناصر والعيوب بالنسبة إلى الحيازة تناظر العناصر والعيوب بالنسبة إلى الإرادة . فالإرادة لا توجد إلا إذا توافرت عناصرها ، ولا تكون صحيحة بعد وجودها إلا إذا كانت خالية من العيوب . ولكن الحيازة ، بخلاف الإرادة ، لا تنتج أى أثر من آثارها القانونية المعروفة إلا إذا كانت موجودة وكانت خالية من العيوب . أما الإرادة فإذا توافرت عناصرها وكانت مشوبة بعيب ، فانها تكون إرادة موجودة تنتج آثارا ، ولكنها تكون إرادة غير صحيحة لا تنتج إلا آثارا محدودة .

ونستعرض فيما يلي عيوب الحيازة وهى ، كما قلنا ، عدم الاستمرار أو التقطع (discontinuité) ، والخفاء أو عدم العلانية (clandestinité) والإكراه أو عدم الهدوء (violence) ، والغموض أو اللبس (équivoque)

العيب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع :

٢٧٤ - معنى عدم استمرار الحيازة أو تقطعها : إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية . وحتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة ، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء فى فترات متتالية منتظمة . فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله ، كما يستعمل المالك ملكه فى العادة . فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشيء ، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعى المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعا كاملا تمضى دون أن يستعمل ملكه ، فان الحيازة تكون فى هذه الحالة غير مستمرة أو

(١) بلانول وريير وبيكار ٣ قرة ١٥٢ .

متقطعة ، فلا تصلح أساساً لدعوى الحيازة ولا لتملك بالتقادم^(١) . والواجب ألا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء إلا المدقالي ينقطع فيها المالك عادة عن استعمال ملكه ، فالحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يصرف في الشيء كمالك ، فيجب أن يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا الشيء . أما إذا كان يحوز حقاً آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلاً لصاحب هذا الحق . وليس من الضروري ، بطبيعة الحال ، أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة ، فإن هذا أمر غير عملي ويكاد يكون مستحيلاً ، بل يكفي كما قلنا أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه^(٢) .

٢٧٥ - **انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشيء** : والبت فيما إذا كان استعمال الشيء منتظماً ، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة ، يتوقف على طبيعة الشيء . فهناك أشياء تقتضى طبيعتها أن تستعمل على فترات متقاربة جداً ، وأخرى تقتضى طبيعتها أن تستعمل في وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون استعمال . فإذا حاز شخص حق السكنى مثلاً ، فحتى تكون الحيازة مستمرة يجب أن يسكن المنزل ، وألا ينقطع عن سكناه إلا عند سفر أو لقضاء بعض الوقت في مصيف أو مشى أو نحو ذلك . وإذا حاز شخص حق ارتفاق بالمرور ، وجب ، حتى تكون الحيازة مستمرة في القانون المصري ، أن يمر من الطريق الذي يستعمل فيه هذا الحق في الأوقات المألوف المرور فيها وبالقدر الذي يقتضيه الانتفاع بالعقار المرتفق . وإذا حاز شخص أرضاً زراعية من الأراضي التي تروى بالحياض ، كان عليه ، حتى تكون حيازته مستمرة ، أن

(١) ومن الفقهاء من يلحظ إلى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادي ، فعدم قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادي للحيازة من شأنه ألا يكسبه الحيازة ، فلا نكون بصدد حيازة ممية فحسب ، بل لا تكون ثمة حيازة بالمره (عبد المنعم البدرأوى فقرة ٥٠٥ ص ٥٢١) . وانظر أيضاً إسماعيل غانم ص ١١٠ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٦٥ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٦٦ ص ٣٩٥ هامش ١ .

(٢) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ .

يزرع الأرض في أثناء الفيضان ، ولا يعتبر انقطاعه عن زراعتها في غير هذا الوقت إخلالا باستمرار حيازته ، لأن طبيعة رى الأرض تقتضى هذا الانقطاع . وإذا حاز شخص مرعى لرعى المواشى ، فإن انتفاعه بالأرض يكون مقصورا على الرعى ، وهذا يقتضى أن يستعمل الأرض في أوقات معينة هي أوقات الرعى ، وأن يتقطع عن استعمالها في غير هذه الأوقات ، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار في حيازته (١) .

ولا يعتبر الكف عن استعمال الشيء بسبب قوة قاهرة ، كفيضان بنمر الأرض أو استيلاء موقت أو احتلال جيش أجنبي ، انقطاعا يحل بالاستمرار في الحيازة (٢) .

٢٧٦ - عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل

الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض: وتقدير ما إذا كانت الحيازة غير مستمرة، أو ما إذا كان يشوبها عيب آخر من عيوب الحيازة ، يترك لقاضي الموضوع يقضى فيه دون معقب عليه من محكمة النقض . وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا ، فقاضى الموضوع وحده هو الذى يقدر ما إذا كانت الحيازة قد استوتقت جميع الشروط الواجبة (٣) .

(١) - بودرى وتيسيه ققرة ٢٢٩ - ققرة ٢٤٠ - بلانيول وريبير ويكار ٢ ققرة ١٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ ققرة ٢٧٧٧ - مارق وريينو ققرة ١٠٢٣ .
(٢) وقد قضى بأنه إذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة ، لم يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار في وضع اليد متى كان واضح اليد يقوم بزراعتها كلما سمحت له الأحوال بذلك (الزقازيق ٩ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٢ ص ٦٣) .
وانظر استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٦ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٧ - بودرى وتيسيه ققرة ٢٤٠ ص ١٩٣ - بلانيول - وديبير ويكار ٢ ققرة ١٥٤ - وقارن استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٣ .

(٣) نقض فرنس ١١ مارس سنة ١٨٦٨ سريه ٦٨ - ١ - ١٥٦ - ١٦ نولبر سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٧٦ - ١٨ يونيو سنة ١٨٩٢ سريه ٩٣ - ١ - ١٩٦ - لوران ٢٢ ققرة ٢٧٦ - ققرة ٢٧٧ وققرة ٢٩٢ وققرة ٢٤٣ - ققرة ٢٤٤ - بلانيول وريبير ويكار ٢ ققرة ١٥٤ .

ويترتب على ذلك أن قاضي الموضوع ليس عليه أن يستقصى عيوب
الحيازة حياء يستبعد كل عيب منها ، وبحسبه أن يقرر بوجه عام أن الحيازة
قد توافرت شروطها وأنها لذلك تكون صالحة لكسب الملكية بالتقادم (١) .
على أنه إذا تمسك الخصم بأن الحيازة يشوبها عيب معين ، كان على محكمة
الموضوع إن ثبت فيما إذا كان هذا العيب موجوداً أو غير موجود وأن تبني
قضائها في ذلك على أسباب ماثقة ، وللمحكمة التقض أن تنقض حكمها
لتصور في التسبيب .

٢٧٧ - عيب عدم استمرار الحيازة عيب مطلق - لكل ذي مصلحة

أمر يتمسك به - زوال هذا العيب : وإذا تبين أن الحيازة غير مستمرة ، فإن
هذا عيب يشوبها ويجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها كما سبق القول ، فلا
تجوز خايتها بدعاوى الحيازة ولا تؤدي إلى التملك بالتقادم . وهذا العيب ،
بخلاف عيوب الحيازة الأخرى ، عيب مطلق (vice absolue) ، لكل ذي
مصلحة أن يتمسك به . ذلك بأن الحيازة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة
إلى الناس كافة ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها لأنها غير

لهي قاضي الموضوع فيما إذا كانت الحيازة مستمرة (نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة
١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ٢٠٢ - ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيري ٨٦ - ١ - ٤٦٨) ،
وفيها إذا كانت حادثة (نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٥٥ باندكت ٥٦ - ٢ - ٦١) ، وفيها
إذا كانت واضحة لا غرض فيها (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٥٩ - ٧
يولييه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٧٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥٣٧) .
(١) نقض فرنسي ٢٤ يناير سنة ١٨٨٨ سيري ٩٠ - ١ - ٤٥٢ - ومع ذلك
قد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأن على محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت
الوقائع التي استخلصتها محكمة الموضوع استخلاصاً موضوعياً لا متقرب عليها فيه تؤدي قانوناً
إلى أن تكون الحيازة قد توافرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون ، وبأن البت فيما
إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض
فرنسي ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧) . ولكن المحكمة سرعان ما رجعت من
هذا القضاء ، وعادت إلى قضائها الأول من أن استيفاء الحيازة لشروطها القانونية هو من مسائل
الوقائع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٢ - ١
١ - ٤٠٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٨٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٨٩٩ سيري
١٩٠٠ - ١ - ١٩٦) .

مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتاج بها عليه (١) . أما عيوب الحيازة الأخرى فهي عيوب نسبية (vices relatifs) وسنرى أن الحيازة الخفية لا يكون لها أثر قبل من أخفيت عنه الحيازة وحده ، وأن الحيازة التي يشوبها الإكراه لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه ، وأن الحيازة التي يشوبها اللبس لا يكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها (٢) . ولكن عيب عدم استمرار الحيازة يزول مع ذلك إذا هي تحولت إلى يازة مستمرة على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . فعند ذلك تكون الحيازة خالية من هذا العيب ، وتنتج آثارها ولكن من الوقت الذي يزول فيه العيب . وتصبح الحيازة مستمرة .

٢٧٨- التمييز بين عدم استمرار الحيازة أو قطعها وبين انقطاع التقادم والحيازة غير المستمرة هي الحيازة المتقطعة كما سبق القول ، وقد تشبه الحيازة المتقطعة (possession discontinue) بالتقادم المتقطع (prescription interrompue) . ففي كليهما تنقطع الحيازة ولا يصح ماسبق منها أساسا للتقادم ، حتى إذا عادت الحيازة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم مالم ينقطع التقادم بسبب من أسباب الانقطاع . وسنرى فيما يلي أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعا طبيعيا إذا تخلى الحائر عن الحيازة أو فقدتها ولو بفعل الغير . غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائر خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد (م ٩٧٥ مدني) . هذا إلى أن التقادم المكسب ينقطع أيضا انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وباقرار الحائر بحق صاحب الحق (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدني) . ويتبين من ذلك أن أسباب انقطاع التقادم تختلف عن سبب تنقطع الحيازة . فالتقادم ينقطع انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، ومع ذلك تبقى الحيازة مستمرة غير متقطعة . أما إذا أقر الحائر بحق صاحب الحق فإن التقادم ينقطع ، وكذلك الحيازة تنقلب من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية .

(١) كولان وكاييتان ودى لامور اندير ١ ققرة ١١٧٠ .

(٢) أنظر المادة ٩٤٩ مدني آنفا ققرة ٢٧٣ .

فإذا انقطع التقادم انقطاعا طبيعيا بتخلي الحائر عن الحيابة أو بفقده إياها ولو بفعل الغير ، فهنا يشبه انقطاع التقادم بتقطع الحيابة اشتباها كبيرا . ولكن حتى في هذا القرض توجد فروق ملحوظة بين انقطاع التقادم وتقطع الحيابة . فانقطاع التقادم في هذا القرض يقع عادة بفعل الغير بأن ينتزع شخص من الحائر حيابته ولا يستردها الحائر في خلال سنة ، أما تقطع الحيابة فيكون بفعل الحائر نفسه بأن ينقطع عن استعمال الحق إلا في فترات متباعدة غير منتظمة على خلاف المألوف لاستعمال صاحب الحق حقه . وحتى لو انقطع التقادم بفقد الحائر للحيابة أو بتخليه عنها طوعا ، فإن هذا الانقطاع يفترض وجود حيابة سابقة مستمرة غير منقطعة على الوجه الذى سبق بيانه ، وعلى ذلك ينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيابة .

وينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيابة ، لا في القرض المتقدم فحسب ، بل أيضا عندما ينقطع التقادم انقطاعا حكيا بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار الحائر بحق صاحب الحق . ففي هذه الأحوال ينقطع التقادم ولا تحسب مدة الحيابة التى سبقت هذا الانقطاع ، ولكن الحيابة تبقى مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وتبقى أيضا مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم باقرار الحائر بحق صاحب الحق ولكنها تفقد عنصر القصد فيصبح الحائر حائرا لحساب غيره .

وعلى العكس من ذلك قد تنقطع الحيابة دون أن ينقطع التقادم ، ويتحقق هذا القرض إذا بقي التقادم مستمرا دون أن ينقطع بسبب من أسباب انقطاعه ، ولكن الحائر مع ذلك يستعمل الحق في فترات متباعدة غير منتظمة مما يجعل الحيابة منقطعة على النحو السالف ذكره . ويلاحظ في هذه الحالة أنه لا تكون هناك ثمة حاجة لقطع التقادم ، لأن الحيابة نفسها تكون منقطعة فلا تصلح أساسا للتقادم (١) .

ويختلف انقطاع التقادم عن تقطع الحيابة من ناحية عبء الإثبات فبما يتعلق بانقطاع التقادم يكون المفروض أن التقادم لم ينقطع ، وعلى من

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٣ .

يلحق انقطاعه أن يثبت ذلك ، فلا يقع عبء الإثبات على الحائر . أما فيما يتعلق بتقطع الحيازة ، فإن عبء الإثبات يقع على الحائر ، وعليه أن يثبت أن حيازته مستمرة غير متقطعة (١) .

ثم إن عبء تقطع الحيازة عيب مطلق كما قلنا (٢) ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك به . أما في انقطاع التقادم فيجب التمييز بين ما إذا كان هذا الانقطاع قد وقع بسبب المطالبة القضائية وما في حكمها فيكون الانقطاع غير مطلق ولا يتقطع التقادم إلا لمصلحة من قام بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وبين ما إذا كان الانقطاع قد وقع بسبب التخلي عن الحيازة أو قلدها فيكون الانقطاع مطلقاً ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، أو وقع بسبب إقرار الحائر بحق صاحب الحق ، فتقلب الحيازة كما قلنا إلى حيازة عرضية ولكل ذي مصلحة هنا أيضاً أن يتمسك برغبة الحيازة (٣) .

العيب الثاني - الخفاء أو عدم العلانية :

٢٧٩- معنى الخفاء أو عدم العلانية : قد تكون الحيازة مستمرة على الوجه الذي أسلفناه فتخلو من عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الخفاء أو عدم العلانية . فالحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية ، يباشرها الحائر على مشهد من الناس ، أو في القليل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائر . فإذا أخفاها الحائر عن المالك أو صاحب الحق ، بحيث لا يشعر هذا بأن حقه في حيازة غيره ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية ، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمي بدعوى الحيازة ولأن تؤدي إلى التملك بالتقادم . هذا إلى أن من يحوز حقاً يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق ، وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علناً (٤) .

(١) أنظر في ذلك بودي وتيسيه ققرة ٢٤٤ - ققرة ٢٤٥ .

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٢٧٧

(٣) أنظر في هذا المعنى كولين دي سانتير ققرة ٢٢٩ مكررة (٥) - بودي وتيسيه ققرة ٢٤٩ - ويلاحظ أن عيب عدم استمرار الحيازة يحصل بسبب الخفاء ، كما يحصل بأعمال التسامح - فالحيازة التي تعتبر غير مستمرة كثيراً ما تكون في الوقت ذاته حيازة خفية ، وتكون كذلك علناً من أعمال التسامح (بودي وتيسيه ققرة ٢٥٠) .

(٤) بلانجيل وريير وبيكار ٢ ققرة ١٥٦ .

وإخفاء حيازة المتقول سهل ميسور ، وما على الحائز إلا أن يخفي المتقول في حرز فيعده عن أعين الناس ، كما إذا أخفى الحائز المجوهرات التي يحوزها أو الأوراق المالية أو الأمتعة أو الأثاث أو التحف الفنية أو غير ذلك من المتقولات التي يمكن إخفاؤها . أما إخفاء حيازة العقار فأمر ليس باليسير ، إذ يصعب أن يخفي الحائز حيازته لمتزل وهو يسكنه (١) أو يوثجره ، أو يخفي حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بإيجارها (٢) . ومع ذلك يمكن أن تتصور شخصاً يوسع من كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب مخفره تحت أرض جاره ، دون أن يشعر الجار بذلك ، ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تتم عن السرداب الذي حفره تحت أرض الجار . ففي هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية ، لا يحتاج بها على الجار لا عن طريق رفع دعاوى الحيازة ولا عن طريق التملك بالتقادم (٣) . كذلك قد يعتبر ، في رأى ، أن جور الجار على شريط صغير من أرض جاره على حدود ملكه ، وإدخال هذا الشريط في أرضه يزرعه أو يمد إليه بناءه ، دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامة ظاهرة تتم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه ، حيازة خفية لا تصلح أساساً لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم (٤) . وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فإن إخفاء الحيازة لا يؤثر فيها حسن

(١) ومع هذا قد يقع ذلك نادراً ، فقد قضت محكمة النقض بأن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو مما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى ، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض . وإذن فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلي طلبى إدخال الكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحاً في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غيره ، وأن نية تملكه المنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة ، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهراً على النحو المطلوب قانوناً ، فحكمها بذلك لامتقن عليه (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ٢) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦

(٣) أنظر في هذا الصدد بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ ص ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولابونجي ١ فقرة ٢٧٨٢ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢ .

(٤) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ ص ١٧٣ هاش ٢ - محكمة السين ١٠ فبراير سنة ١٨٢٠ - باريس ٢٨ فبراير سنة ١٨٢١ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٢٥ . S.chr . وانظر عكس ذلك وأن الحيازة في هذه الحالة تكون حيازة ظاهرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال علنية غير خفية : ترولون فقرة ٣٥٢ - لوران فقرة ٢٨٨ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ .

نية الحائز أو سوء نيته ، فهي تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائز قد جار على هذا الشريط من أرض جاره بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يجاوز حدود ملكه (١) .
وليس من الضروري ، حتى تكون الحيازة علنية غير خفية ، أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين ، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها . فامكان العلم ، وليس العلم ذاته ، هو الذى يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء (٢) .

٢٨٠ - عيب الخفاء أو عدم العلنية عيب نسبي لا يكون له أثر إر قبل

من أُنْخِفت عنه الحيازة : وعيب الخفاء أو عدم العلنية ، بخلاف عيب علم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vice relatif) . وفى هذا تقول المادة ٢/٩٤٩ ملقى ، كما رأينا (٣) ، إنه إذا حصلت الحيازة خفية فلا يكون لها أثر قبل من . . . أُنْخِفت عنه الحيازة . فالذى يحتاج بحفاء الحيازة هو من أُنْخِفت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه . فليس من الضروري إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء ، بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذى يحوزه الحائز حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معيبة ، ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس وبعبارة أخرى يصح أن تكون الحيازة ظاهرة أمام الناس ولكنها خافية على صاحب الحق ، فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بخفائها (٤) . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيازة ظاهرة أمام صاحب الحق ، ولكنها خافية على سائر الناس ، لم يجوز لصاحب الحق أن يتمسك بحفاء الحيازة بدعوى أنها خافية عن الناس ما دامت ظاهرة له هو (٥) .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق ، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس . فاذا خفيت على بعض الناس دون

(١) جيوار فقرة ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٠ ص ٢٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) فلوان مستأجر العين قد غير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية من طريق فعل الغير ، بأن استصدر لنفسه عقد بيع العين من الغير ، ولكنه بقى يدفع الأجرة للمؤجر ، فإن الحيازة وإن انقلبت إلى حيازة أصلية تكون حيازة خفية بالنسبة إلى المؤجر ، فلا يحجج بها عليه (كولان وكاييتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول ورييير ويكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول ورييير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٢ - مارن ورينو فقرة ٢١ ص ٢٨ .

بعض ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء ، حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه . فالحائز لحق يجب أن يستعمله كما يستعمله صاحب الحق نفسه ، وصاحب الحق يستعمل حقه علنا أمام جميع الناس . وإذا أمكن في دعاوى الحيازة التساهل في شرط الخفاء وعدم اشتراط أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس والاكتفاء بأن تكون خافية على صاحب الحق وحده ، ففي التملك بالتقادم لا يجوز هذا التساهل بل يجب اشتراط أن يكون الحيازة خافية على جميع الناس ، إذ أن من يريد أن يملك حقا بالتقادم يجب أن يظهر أمام جميع الناس على أنه هو صاحب الحق^(١) ولكن هذا الرأي لم يسد ، والذي ساد هو الرأي الأول^(٢) ، وقد أخذ التقنين المدني المصري صراحة بهذا الرأي الأول السائد كما سبق القول^(٣) .

٢٨١ - زوال عيب الخفاء بظهور الحيازة : وكما يزول عيب عدم

استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق . فإذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو ، أصبحت الحيازة صالحة لأن تنتج آثارها ، وبخاصة أصبح من الجائز أن تحمي بدعاوى الحيازة وأن تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ولكن من الوقت الذي يزول فيه عيب الخفاء . وتقضى المادة ٢/٩٤٩ مدني صراحة في هذا الخصوص بأنه إذا اقترنت الحيازة باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب^(٤) .

وعلى ذلك إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة ، ثم ظهرت بعد ذلك ، فلا يعتد بالمدة التي كانت خفية في أثنائها ، ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت . فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة . وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها^(٥) .

- (١) أنظر من هذا الرأي لوران فقرة ٢٨٩ - كولييه دي سانتير فقرة ٢٢٩ مكررة (٧) .
 (٢) ديرانتون فقرة ٢١٥ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٤ - جيوار فقرة ٤٦٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٢٣ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتى وريينو لفقيرة ٢١ ص ٢٨ .
 (٣) أنظر م ٢/٩٤٩ مدني آنفاً فقرة ٢٧٣ .
 (٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .
 (٥) بودري وتيسيه فقرة ٢٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

أما إذا بدأت الحيازة ظاهرة ثم خفيت بعد ذلك ، فلا يعتد بها إلا في الوقت الذي كانت فيه ظاهرة ، ومنذ الوقت الذي أصبحت فيه خفية لا تنتج آثارها . فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل في نهاية الوقت الذي ظلت فيه الحيازة ظاهرة ، فإن خفاءها بعد ذلك يقطع التقادم إذ تصبح الحيازة معيبة ، وشرط التقادم ان تكتمل مدته والحيازة قائمة خالية من العيوب

العيب الثالث — الإكراه أو التهديد

٢٨٢ — معنى الإكراه أو تهديم التهديد : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم فتخلو من عيب عدم الاستمرار والخفاء ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الإكراه أو عدم الهدوء . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم الهدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد^(١) ، وبقي محتفظا بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به . فإدام الحائر قد حصل على الحيازة على هذا الوجه ، فإن حيازته تكون مشوبة بعيب الإكراه ، مادامت القوة أو التهديد باقيا لم ينقطع^(٢) . ويستوى في ذلك أن تكون القوة أو التهديد قد استعمل ضد المالك الحقيقي لانتزاع ملكه منه أو استعمل ضد حائر سابق غير مالك لانتزاع حيازته ، كما يستوى أن يكون من استعمل القوة أو التهديد هو الحائر نفسه أو أعوان له يعملون باسمه^(٣) . ويستوى أخيرا أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد ، أو أن يكون الحائر السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرها^(٤) .

ونخلص من ذلك أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداء للحصول على الحيازة^(٥) ، وأن يكون قد بقي مستعملا لاستبقائها دون أن ينقطع . وقد

(١) بودري وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ - بلانيول وريير ويكار ٢ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ هاش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٨-٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٥-١٨ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٣ - وقد قضى بأنه إذا استخلصت المحكمة استخلاصا سائقا من التحقير ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثا، وأن وضع يده لم يكن هادئا، فذلك من التقديرات الموضوعية التي لا معقب عليها لمحكمة النقض (نقض مدني ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠) .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٢٥١ .

(٥) فإذا بدأ الحائر وضع يده هادئا ، فالتعدي على حيازته بعد ذلك ودفع الحائر هذا التعدي عن حيازته ليس من شأنهما أن يجملا الحيازة مشوبة بالإكراه . وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه ، أما إذا بدأ الحائر وضع يده هادئا ، فإنه

كان هذا هو حكم القانون الروماني ، وبه يقول فريق من رجال الفقه في فرنسا^(١) . وعلى ذلك إذا انقطع الإكراه وبقى الحائر بعد انقطاعه مستمرا في حيازته ، فإن الحيازة تصبح هادئة خالية من عيب الإكراه ، ومن ثم تصبح صالحة لإنتاج آثارها ، حتى لو اضطرت الحائز بعد ذلك وقد رأى حيازته عادت مهددة أن يدفع القوة بالقوة ، ما دامت الحيازة لم تنتزع منه فينتقطع بانتزاعها التتادم . وهذا هو الرأي الذي أخذت به ضمنا محكمة النقض في مصر ، عند ما قضت بأن التعدي الذي يقع في أثناء حيازة بدأت هادئة ، ويمنع الحائر ، لا يشوب الحيازة التي تظل هادئة بالرغم من ذلك^(٢) .

ولكن القضاء الفرنسي وفريقا آخر من رجال الفقه في فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفي أن يتقطع الإكراه الذي حصل به الحائر على الحيازة ابتداء ، حتى تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه . بل يجب فوق ذلك أن تستمر الحيازة هادئة (paisible) طوال المدة التي تبقى فيها ، فإذا كانت مهددة بعكر صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا في أي وقت للدفاع عنها بالقوة ، فإنها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية . كذلك تكون الحيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، حتى لو حصل عليها صاحبها ابتداء بغير القوة أو التهديد ، ولكنه بعد ذلك أصبح مهددا في حيازته بحيث يعكر صفاء هذه الحيازة احتمال انتزاعها منه عنوة واضطراره في أي وقت لأن يواجه هذا الاحتمال ولأن يدفع القوة بالقوة^(٣) .

التي يقع في أثناء الحيازة ويمنع الحائر لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تمكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التمكير ، وهل كان مقارناً لبدا الحيازة أو تأللاً لنهايتها ، وأثره في استمرار الحيازة ، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه (نقض ملئ ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ - وانظر أيضاً نقض ملئ ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٢) .

(١) لوهرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٢٢ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥١ وفقرة ٢٥٤ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧١ - ص ١٧٢ .
(٢) نقض ملئ ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه .

(٣) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩ - ١ - ٤٤٩ - ١٠ - مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ترولون فقرة ٣٥٠ ص ٤١١ و ص ٤١٨ - ماركاديه المادة ٢٢٢٩ فقرة ٤ - لوران فقرة ٢٨٠ - بفنوار ص ٢٠٨ - جيوار فقرة ٤٥٣ .

ولكن أصحاب هذا الرأي يقتربون كثيراً من الرأي الأول بادخال تحفظين على رأيهم : (١) فعندهم أنه لا يعكّر من صفو الحياة ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه أن يضطر الدائن ، في أثناء حيازته ، إلى الإكراه السلبي (*violence passive*) ، فيتحمل العنف الصادر من الغير ويستيق الحيازة مع ذلك دون أن يدفع هذا العنف بالقوة . وحجتهم في ذلك أنه لا يجوز التسليم بأن عملاً يصدر من الغير لا يتحمل الحائز تبعته ، ويكون من شأن هذا العمل أن يجعل الحياة معيبة . (٢) وحتى لو اضطر الحائز إلى الإكراه الإيجابي (*violence active*) ودفع عن حيازته القوة بالقوة ، فإن أعمال الإكراه الصادرة من الغير لا يكون من شأنها أن تعيب الحياة إذا كانت أعمالاً قد ارتكبت من بعيد (*de loin en loin*) . فهذان التحفظان يؤديان إلى القول بأن أعمال العنف الواقعة على الحياة بعد استئجارها ، سواء قومت مقاومة سلبية أو قومت مقاومة إيجابية ، لا يكون من شأنها أن تشوب الحياة بعيب الإكراه ، فالإكراه إذن لا يعتد به إلا إذا كان الحائز نفسه هو الذي ارتكبه للحصول على الحياة ابتداءً (١) .

٢٨٣- عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه : وعيب الإكراه أو عدم الهدوء ، كعيب الخفاء أو عدم العلانية ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (*vice relatif*) ، وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدني فيما رأينا (٢) . فاذا انتزع شخص من آخر حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازة

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - بلانيول وريير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٧٨ - مارتى وريير فقرة ٢٢ - وسهما يكن من أمر ، فإن مجرد المنازعة القضائية لا ينشئ قانوناً صفة الهدوء عن الحياة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحياة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٢ ماي سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٤) . ومن باب أول مجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعه لا ينشئ قانوناً صفة الهدوء عن الحياة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ : إذا اقترنت (الحياة) بالإكراه . . . فلا يكون لها أثر نيل من وقع عليه الإكراه . . . (م ٩٤٩-٢ مدني) .

مترع الحيازة مشوبة بعيب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الآخر الذي انتزعت منه الحيازة وحده . وبالنسبة إلى هذا الشخص الآخر وحده ، لا يستطيع مترع الحيازة أن يحتج بحيازته للتملك بالتقادم إلا إذا انقطع الإكراه ومن وقت انقطاعه . وكذلك لا يستطيع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة إلا إذا انقطع الإكراه كذلك . وحتى لو انقطع الإكراه فإن من انتزعت منه الحيازة يستطيع أن يستردها في خلال السنة التالية لانتزاعها منه طبقاً لقواعد دعوى استرداد الحيازة التي سيأتى بيانها .

فإذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك ، لم يجوز للمالك أن يحتج على مترع الحيازة بعيب الإكراه ، لأن المالك ليس هو الذى وقع عليه الإكراه ، وعيب الإكراه كما قلنا عيب نسبي لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه . وعلى ذلك يجوز لمترع الحيازة في هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك باعتبارها خالية من عيب الإكراه ، فيحمى هذه الحيازة منه بدعاوى الحيازة كما يستطيع أن يملك ضده بالتقادم (١) .

٢٨٤- زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه : وكما يزول عيب علم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، كذلك يزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٤٩/٢ مدني ، إذ تنص كما رأينا (٢) بأنه إذا اقترنت الحيازة بالإكراه لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب . وزوال العيب هنا يكون بانقطاع الإكراه .

(١) نكض فرنسي ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ماركاديه المادة ٢٢٣٤ فقرة ٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٠ - جيوار فقرة ٤٥٦ - بفتوار ص ٤٠٩ - لوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - ص ١٧٣ - بلانيول وريير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٠ - كولان وكايختان ودي لاموراندوير ١ فقرة ١١٧١ ص ٩٥٣ .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الإكراه عيب مطلق يجوز لكل من مصلحة أن يحتج به ، ولا يقتصر جواز الاحتجاج به على من وقع عليه الإكراه وحده . والقاتلون بهذا الرأى (لوران فقرة ٢٨٥ - كولييه دي سانتير ٨٠ فقرة ٣٣٩ مكررة ٦) هم القاتلون بأن عيب الخفاء عيب مطلق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٢٨٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - وأنظر بودري وتيسيه فقرة ٢٥٢ .

فإذا انتزع شخص حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازته مشوبة بعيب الإكراه مادام الإكراه قائما وما دام الحائز مستبقيا العين في حيازته بالإكراه . فإذا ما انقطع الإكراه ، واستقرت الحيازة لمترعها ، فإن عيب الإكراه يزول . فيجوز لمترع الحيازة بعد زوال الإكراه أن يحمي حيازته بدعاوى الحيازة وأن يملك بالتقادم ، بالنسبة إلى الشخص الذي انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى أى شخص آخر ولو كان هو المالك الحقيقي للعين (١) .

ويلاحظ مع ذلك أن الشخص الذي انتزعت منه الحيازة بالإكراه له أن يتردها في خلال سنة من وقت إنتراعها منه بدعوة استرداد الحيازة (٢) ، وفقا للقواعد المقررة في هذه الدهوى والتي سيأتى بيانها .

العيب الرابع - الغموض أو اللبس :

٢٨٥ - معنى الغموض أو اللبس : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة

وهادئة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فتخلو من عيوب عدم الاستمرار والخفاء والإكراه ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الغموض أو اللبس . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذا هى اشبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد ، أحد عنصري الحيازة المتقدم ذكرهما . ويشبه أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد إذا احتملت معنيين ، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معا .

(١) ولا تصير الحيازة معية بعيب الإكراه بعد ذلك ، حتى لو اضطر الحائز إلى دفع الاعتداء عنها ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٢٤ وحامش ٢٦ - بودرى ونهسيه فقرة ٢٥٣) - ولم يكن هذا هو الحكم في القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يقضى بأن عيب الإكراه لا يزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢) .

(٢) فإذا لم يتردها في خلال السنة ، أنتجت الحيازة آثارها ومنها جواز التملك بالتقادم ، وذلك بأثر رجعى من وقت استيلاء مترع الحيازة على العين وصيرورة حيازته هادئة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٢٤ وحامش ٢٦ - بودرى ونهسيه فقرة ٢٥٢ ص ٢١٠) .

وهناك مثلان يقدمان عادة للحيازة التي يشوبها عيب الغموض أو اللبس (١):

(المثل الأول) شخص يموت ويوجد في منزله أشياء - كمجوهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو منقولات أخرى - تكون في حيازة زوجته ، أو وارث يعيش معه ، أو رفيقة يعاشرها ، أو خادم ، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون معه . فالمعاشرة وحدها قد لا تكفي لتعيب الحيازة ، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد من هؤلاء ممن كانوا يعيشون مع الميت تحتل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة . فاذا احتج الحائر بهذه الحيازة ، أمكن القول إنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنتج آثارها . (المثل الثاني) أن تكون هناك عين شائعة ، فيحوزها أحد الشركاء في الشيوع . وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة ، ولكن أعمال الحيازة المادية التي يأتيا في العين تكون من قبيل الأعمال التي يأتيا الشريك في الشيوع ، وأعمال الشريك في الشيوع هي نفس أعمال المالك ملكية مفرزة ، ولكن يأتيا الشريك بنية أنه يوجد غيره معه يشاركه في الملك فهنا يقدم اللبس في حيازة الشريك في الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه يحوز العين لحسابه خاصة ، إذ هي حيازة تحتل هذا المعنى كما تحتل معنى أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء في الشيوع (٢)

(١) انظر في أمثلة أخرى بودري وتيسيه فقرة ٢٨٩ ص ٢٢٥ - مازو وقررة ١٤٤٠ ص ١١٦٢ .

(٢) انظر استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤١ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ - ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ - أول أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٠ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ - ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ - أول أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٢ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المضافة ٥ رقم ٢٨٨ ص ٣٢٤ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المضافة ٦ رقم ١٠٤ ص ١٤٤ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المضافة ٧ رقم ٣٧٤ ص ٥٦٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دفع الغير الموائد لا يثبت عليه جعل حيازة واضح اليد على أرض ما غامضة ، ولا يمنع التقدم المكسب الحاصل لمصلحته ، إلا إذا ثبت أن واضح اليد كان عالمًا بذلك (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥ ص ١٤) .

فتكون الحيازة في هذه الحالة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنتج آثارها (١) .

ونرى من ذلك أن عيب الغموض أو اللبس ينصب على عنصر القصد في الحيازة كما سبق القول ، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى للحيازة . ولكن هناك رأيا يذهب إلى أن عيب الغموض ليس بعيب مستقل ، بل هو يختلط بالعيوب الأخرى . إذ هو في هذا الرأي يتناول ما تقدم ، ويشمل أيضا أن يكون خلو الحيازة من العيوب الأخرى ، عيب عدم الاستمرار وعيب الخفاء وعيب الإكراه ، غير ثابت ثبوتا تاما ، بل إن فيه شيئا من اللبس ، فتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض (٢) . ولكن بحسن الوقوف عند الرأي

(١) أنظر في غموض الحيازة في هذين المثلين : بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ١٥٧ ص ١٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٤ - كولان وكاييتان ودي لاموراندوير ١ فقرة ١١٧٣ - وانظر في غموض حيازة العين الشائعة بودري وتيسيه فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإيهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حصته مراعياً حصة غيره ، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم فيه حصة ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته. المادة أوتاب في هذه الحيازة بعضهم من بعض . هذا إذا لم يكن لماك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لخاصيه . أما إذا كان المالك يد على العقار ، فالغرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك على حمل التسامح (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية قديماً بأن وضع يد أرشد المائلة على الأطنان المائلة بصفتها مديراً لها لا يكسبه الملكية بمضي المدة الطويلة (استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٨٠-٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ٢١ ص ٢٧٣ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٣٥ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٨٥ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٩٠) . وتأكد هذا المبدأ بعد ذلك : استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المأماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٧ - ١٢ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٧ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٨٨ .

الأول ، والقول بأن عيب الغموض عيب مستقل ، وبأنه ينصب على عنصر القصد وحده ، ولا يختلط بالعيوب الأخرى للحيازة . أما الرأي الآخر فيخلط بين خلو الحيازة من العيوب وبين درجة إثبات خلوها منها ، فإن كان هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً لم تكن الحيازة مشوبة بعيب الغموض ، أما إذا لم يكن ثابتاً ثبوتاً تاماً فإنها تكون مشوبة بهذا العيب . وهذا لا يجعل لعيب الغموض معنى ، وإذا أخذنا به كان الأولى عدم ذكر الغموض كعيب في الحيازة ، والاقتصار على القول بأن خلو الحيازة من العيوب يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً تاماً . ومثل هذا القول لا وزن له ، إذ أنه من البديهي ، إذا اشترط القانون خلو الحيازة من العيوب ، أن يكون هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً ، شأنه في ذلك شأن أي أمر آخر يتمسك به الخصم ويكون عليه عبء إثباته (١) .

٢٨٦ - عيب الغموض أو التبس عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل

من التبس عليه الأمر : وعيب الغموض أو للتبس ، كعيب الخفاء وعيب الإكراه ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار ، عيب نسبي (vice relatif) وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ فيما رأينا (٢) ، فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحيازة من حيث عنصر القصد .

ففي المثل الذي قدمناه عن الحيازة الغامضة عند الزوجة والوارث والخدام والتابع ممن كانوا يعيشون مع الميت في مسكن واحد ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل ورثة الميت الآخرين ، فلا يحتاج عليهم بهذه الحيازة الغامضة ، ولكن يحتاج بها على غير ورثة الميت . وفي المثل الآخر ، وهو الحيازة الغامضة عند الشريك في الشيوع ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين في الشيوع ، فلا يحتاج عليهم بهذه الحيازة الغامضة (٣) ، ولكن

(١) لوران ٣٢٢ فقرة ٢٩٠ وما بعدها - بفتوار ص ٢٦٥ وما بعدها - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٧ - مارتى وريينو فقرة ٢٤ - وانظر نقص فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩٦٢ Bull. civ. فقرة ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) استئناف وطني ٣١ أغسطس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣٥٧ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسبية رقم ٢٦ ص ١٥٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ٩٢ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ١٤٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ص ٢٦٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠١ ص ٩٤ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ -

يحتج بها على غير هؤلاء الشركاء (١) .

٢٨٧ - زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، ويزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ، كذلك يزول عيب الغموض بانتفاء اللبس ، ومن وقت هذا الانتفاء . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ ملئى ، إذ تقضى كما رأينا (٢) بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض لم يكن لها أثر قبل من اللبس عليه أمرها إلا من وقت أن يزول هذا العيب وينتفى اللبس أو الغموض .

فإذا كانت حيازة الوارث أو من يعيش مع الميت حيازة غامضة ، أو كانت حيازة الشريك في الشيوع حيازة غامضة ، ظلت الحيازة في كل من الحالتين على غموضها ، إلى أن ينتفى اللبس ، ويزول الغموض . وينتفى اللبس ويزول الغموض ، إذا عمد الحائز الذى يشوب حيازته الغموض إلى التصرف في العين تصرفاً يظهر بجلاء وفي غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة ، وأنه أصبح واضحاً أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً .

ولا يشترط في ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السيين اللذين تتغير بهما صفة الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل من الغير أو فعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك (٣) ، فإن الحيازة الغامضة غير الحيازة العرضية ، والمقصود هو إزالة الغموض لا تحويل حيازة عرضية إلى حيازة

حرقم ١٧٣ ص ١٥٥ - وتسقط قرينة أن الشريك وضع يده كشريك ، وتصبح الحيازة غير غامضة إذ تتحضر لحساب هذا الشريك خاصة ، إذا هو قام بأعمال تنافى حقوق بقية الشركاء (استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤) .

(١) أنظر عكس ذلك وأن عيب الغموض عيب مطلق لا نسى : مازو فقرة ١٤٤٣ - وأنظر في أن الغموض يهمل الحيازة من أساسها إذ ينشئ عنصر القصد ، وليس بمجرد عيب يشوب الحيازة : بيدان فقرة ٦٧٩ - محمد علي عروة ٢ فقرة ٧٦ ص ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

أصلية (١) . لذلك يكفى في زوال عيب الغموض أو اللبس أن يكون تصرف الحائز بحيث يستخلص منه في وضوح أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ولا يحوز لحساب غيره . فيستأثر مثلاً من كان يعيش مع الميت بما في حيازته من المتقولات ، بأن يعلن أنها له وحده وليس للميت أى حق فيها ، أو أن يقرر في قائمة الجرد أن هذه المتقولات هي ملكه ويجب استبعادها من قائمة الجرد . ويستقل حائز العين الشائعة بحيازتها فلا يشاركه في هذه الحيازة أحد غيره من الشركاء ، وإذا حاول شريك أن يفعل منعه من ذلك . فهنا يظهر في غير لبس ولا غموض أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ، ويزول بذلك عيب الغموض أو اللبس ، وتصبح الحيازة صالحة لإنتاج آثارها . ولكن يجب أن تصدر من الحائز أعمال ظاهرة صريحة في أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ، وتعارض هذه الأعمال مع أية حيازة أخرى يمكن أن تخالط حيازته (٢) .

§ ٣ - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

(Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi)

٢٨٨ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٦٥ مدنى على ما يأتى :

- ١ - يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم .
 - ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بنية من مثله .
 - ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقم الدليل على العكس .
- وتنص المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى :

- ١ - لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير .
- ٢ - ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، ويعد سوء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٢ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين) - نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٣٤٨ - لوران فقرة ٢٩٢ - يناير ص ٢٧٢ وص ٢٧٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٢ ص ٢٢٨ .

وتنص المادة ٩٦٧ مدني على ما يأتي :

« تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » (١) .
ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى (٢) : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٦٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
١ - يعد حسن النية من محوز الشيء وهو مجهول أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان هذا المجهول ناشئاً عن خطأ جسيم فيعتبر حائزاً بسوء نية . ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بحسن أو سوء نية من يمثله . ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ما لم يتم الدليل على العكس . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديل لفظي « يحمل المعنى أوضح وأدق » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٧ ، بعد استبدال عبارة « فالعبرة بنية من يمثله » بعبارة « فالعبرة بحسن نية من يمثله أو بسوءها » . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٥ ، بعد استبدال كلمة « الحق » بكلمة « الشيء » وحذف عبارة « فيعتبر حائزاً بسوء نية » الواردة في الفقرة الأولى لأنها مفهومة من غير نص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦) .
م ٩٦٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٧ - ص ٤٨٨) .
م ٩٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٨ - ص ٤٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل

التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ : ١ - يعد حسن النية من محوز الشيء وهو مجهول أنه يعتدى على حق الغير . وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك . ٢ - ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير . وبعد كفاك سوء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ، ولو اعتقد أن له حقاً في الحيازة . ٣ - وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك . (والتقنين العراقي في مجموعه يتفق مع التقنين المصري . وهناك خلاف في بعض التفاصيل : لم يذكر التقنين العراقي ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية ، في الفقرة الأولى من المادة ١١٤٨ منه . ولم يذكر ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الحائز يصبح سوء النية من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه بموجب الحيازة ، في الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ منه) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .
 ومخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الحيابة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية . وتبحث ، في صدد هذه النصوص وتمييزها بين حسن النية وسوء النية في الحيابة ، المسائل الآتية : (١) أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيابة . (٢) متى يعتبر الحائر حسن النية . (٣) حسن النية يفترض دائما . (٤) متى يعتبر الحائر سيء النية . (٥) إثبات سوء النية في الحيابة . (٦) متى يعتبر الحائر سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا في الحيابة . (٧) احتفاظ الحيابة بصفاتها حتى يقوم الدليل على العكس . (٨) صفة الحيابة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

٢٨٩- أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيابة : ليس للتمييز

بين حسن النية وسوء النية في الحيابة أهمية في دعاوى الحيابة ، إذ يستوى في الالتجاء إليها أن يكون الحائر حسن النية أو سيء النية . ولكن هذا التمييز له أهمية بالغة في أحوال أخرى ، نذكر منها خاصة ما يأتي :

- (١) عند استرداد الحائر من المالك المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على العين ، يختلف الحكم فيما إذا كان الحائر حسن النية عما إذا كان سيء النية (م ٩٨٠/٢ مدني) وسنرى تفصيل ذلك فيما سيأتي (١) .
- (٢) في مسئولية الحائر عن هلاك العين التي كانت في حيازته ، يجب التمييز بين الحائر حسن النية والحائر سيء النية ، فإن حكم أحدهما يختلف عن حكم الآخر (م ٩٨٣ - ٩٨٤ مدني) . وسنبين ذلك تفصيلا فيما سيأتي (٢) .
- (٣) في اعتبار الحيابة سببا للتملك ، يختلف حكم الحيابة بحسن نية اختلافا بينا عن حكم الحيابة بسوء نية . ويظهر ذلك فيما يأتي :
- (أ) إذا كان الحائر سيء النية ، فإنه لا يملك بالتقادم ، كلا من العقار والمنقول ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وهذا هو التقادم الطويل (٣) .
- (ب) إذا كان الحائر حسن النية ، فإنه يملك العقار بالتقادم القصير أي بخمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح كما سيأتي (٤) .
- (ج) وكذلك ، إذا كان حسن النية ، يملك المنقول في الحال بمجرد الحيابة ، إذا كان لديه سبب صحيح ، كما سيأتي (٥) .

(١) أنظر مایل ققرة ٤٥٦ . (٢) أنظر مایل ققرة ٣٦٠ - ققرة ٣٦٢ .
 (٣) أنظر مایل ققرة ٣٦٥ وما بعدها . (٤) أنظر مایل ققرة ٤١٧ وما بعدها .
 (٥) أنظر مایل ققرة ٤٣٥ وما بعدها .

(د) ويتملك أخيراً ، إذا كان حسن النية ، الثمار بمجرد قبضها ، وسيأتي بيان ذلك (١) .

٢٩٠ - متى يعتبر الحائز حسن النية : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى عن

المادة ٩٦٥ مدني تنص على أنه « يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز لحق ، حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق ، يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تنطوي على اعتداء على حق للغير . وأقرب تطبيق لذلك هو أن يكون الحائز لحق الملكية يعتقد أنه هو المالك فيكون حسن النية في حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلاً أو لم يكن ، وأن يكون الحائز لحق آخر غير حق الملكية يعتقد أنه هو صاحب الحق فيكون حسن النية في حيازته لهذا الحق سواء كان هو صاحبه أو لم يكن . فإذا اشترى شخص مثلاً عينا من شخص آخر معتقداً أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ، فانه يحوز حق الملكية ، ويكون في حيازته إياه حسن النية ما دام يعتقد أنه قد اشترى من المالك ، وذلك سواء كان البائع مالكا حقيقة أو لم يكن . ويصح ، بدلا من أن يشتري العين ، أن يرثها أو أن يوصي له بها أو أن تهب له أو أن يأخذها بالشفعة ، ففي جميع هذه الأحوال إذا تسلم العين فانه يعتبر حائزا لحق الملكية بحسن نية ما دام يعتقد أن المورث أو الموصي أو الواهب أو البائع للمشتري الذي أخذ منه العين بالشفعة هو المالك ، سواء كان مالكا حقا أو غير مالك . وكذلك إذا تعاقد مع شخص على ترتيب حق ارتفاق لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص ، أو ارتهن منه مالا رهن حيازة ، أو استأجر منه عينا ، فانه يحوز حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق استأجر ، ويعتبر حائزا حسن النية ما دام يعتقد أن الشخص الذي تعامل معه بملك نقل الحق إليه ، سواء كان هذا الشخص يملك فعلاً نقل الحق إليه أو لا يملك .

وهذا هو أقرب تطبيق لعبارة « يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير » كما قدمنا ، فما دام الشخص الذي يحوز الحق يعتقد أن هذا الحق له ،

(١) انظر مابيل فقرة ٤٦٠ وما بعدها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

فلا شك في أنه « مجهل أنه يعتدى على حق الغير » . ولكن هذه العبارة أوسع من التطبيقات التي قلناها . فقد مجهل الحائر أنه يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعلم أن الحق الذي يحوزه ليس له . وأقرب مثل لذلك نجده في الاستيلاء ، فقد يعتقد شخص أن متقولاً مينا غير مملوك لأحد ، فيحوزه قاصداً أن يملكه بالاستيلاء . فإذا كان المتقول ليس مالا مباحا بل هو مملوك لشخص آخر ، فإن الحائر للمتقول يكون جاهلاً أنه في حيازته لهذا المتقول يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له . ففي هذه الحالة أيضاً يكون حائراً للمتقول وهو حسن النية ، مادام لا يعلم أن المتقول مملوك لأحد . ومن هنا نرى أنه ليس من الضروري ، في جهل الحائر أنه يعتدى على حق الغير ، أن يعتقد أن الحق الذي يحوزه هو حق مملوك له . والمهم . في حسن نية الحائر ، أنه مجهل أنه يعتدى على حق الغير ، وليس من الضروري أن يعتقد أن الحق مملوك له . ومتى جهل الحائر أنه يعتدى على حق الغير ، فإنه يعتبر في الأصل حائراً حسن النية . ومع ذلك قد يكون . في جهله أنه يعتدى على حق الغير ، ارتكب خطأ جسيماً . فقد يكون ، في شرائه العين من غير مالك مثلاً ، في استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر لو أنه بذل أقل جهد في التحري عنه . ومع ذلك يقدم على الشراء في رعونته ودون مبالاة . فإذا حاز العين التي اشتراها من غير المالك ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيماً في جهله أنه بحيازته هذه يعتدى على حق الغير . ذلك بأن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية . فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية . فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هنا غير قابلة لإثبات العكس ^(١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « يفرض في الحائر أنه حسن النية . أي يعتقد أنه يملك الحق الذي يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير ، بل ألا يكون خطأه في هذا الجهل جسيماً ، فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، تسهلاً للإثبات في مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) . ويخلص بما تقدم أنه حتى يعتبر الحائر حسن النية يجب توافر عنصرين ، أحدهما ذاتي والآخر موضوعي . فالعنصر الذاتي هو أن يكون الحائر جاهلاً أنه يعتدى على حق الغير ، فأى شك ينتج في صدره أنه قد يكون متدياً على حق الغير يهدم هذا العنصر الذاتي ، ويجعل الحائر سوء نية . والعنصر الموضوعي هو أن يكون الحائر . في جهله أنه يعتدى بحيازته على حق-

وإذا كان الحائر شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة ، فلما كان لا يمكن أن يكون للشخص المعنوي نية كالشخص الطبيعي ، فقد جعل القانون العبرة بنية من يمثل هذا الشخص المعنوي ، من مدير أو مفوض أو غير ذلك . فإذا كانت نية هذا الشخص الطبيعي حسنة على الوجه المبين فيما قدمناه ، كان الشخص المعنوي نفسه حسن النية ، وإلا فهو سيء النية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (١) ، في هذا الصدد على ما يأتي : « فإذا كان الحائر شخصاً معنوياً ، فالعبرة بنية من يمثله » .

ويخلص من ذلك أن الحائر يكون حسن النية إذا لم يعلم ، وكان لا يستطيع أن يعلم ، أنه في حيازته هذه قد اعتدى على حق الغير .

٢٩١ - حسن النية يفترض دائماً : ولا يطلب من الحائر أن يثبت حسن

نيته ، فالمفروض أصلاً أنه حسن النية ، إلى أن يثبت خصمه العكس . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقيم الدليل على العكس » .

والسبب في افتراض حسن النية في الحائر أن المشاهد في أغلب الأحيان أن الشخص الذي يحوز شيئاً يكون هو المالك له ، والذي يستعمل حقاً غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق . فافتراض القانون حسن النية في الحائر ، أخذاً بالغالب الراجح . وذلك إلى أن يثبت من يدعى أن الحائر سيء النية سوء نيته ، فيحمل هذا المدعى عبء إثبات سوء النية . مثل ذلك أن يرفع

- الغير لم يرتكب خطأ جسيماً ، إذ الخطأ الجسيم يقارن سوء النية ، فيجعل الحائر - وهو حسن النية ذاتياً - سيء النية موضوعياً . ومن هذا نرى أن أي شك يخالف الحائر بحمله سوء النية ، وحتى لو لم يخالفه أي شك بل كان على يقين تام من أنه لا يعتدى على حق الغير بحيازته ، فإن الخطأ الجسيم يهدم حسن نيته إذ أن هذا الخطأ هو بمثابة سوء النية . أنظر مع ذلك انتقاداً لنص التفتين الجديد (م/٩٦٥/١) : جمال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب الحقوق ص ٨٧ - ص ٨٨ (وعنده أن حسن النية لا يشمل إلا على عنصر موضوعي هو انتفاء الخطأ *(absence de faute)* فالحائر يكون حسن النية إذا كان في اعتدائه بحيازته على حق الغير لم يرتكب أي خطأ ولو كان خطأ يسيراً . أما إذا ارتكب خطأ ولو يسيراً فإنه ، يكون سيء النية حتى لو كان من الناحية الذاتية يجهل أنه يعتدى على حق الغير : رسالته المتقدم ذكرها ص ٤٠ - ص ٥٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

المالك الحقيقي على الحائز دعوى الاستحقاق مطالبا بإياه برد العين وبالثمار التي قبضها ، فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية في حيازته .
ففي هذه الحالة لا يكلف الحائز بإثبات حسن نيته لأن حسن النية مفترض في جانبه كما قدمنا ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سيء النية حتى يستطيع أن يسترد منه الثمار . والمالك يثبت أن الحائز كان سيء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أو ينبغي أن يعلم بأنه يعتدى على حق ملكيته ، على الوجه الذي سنبينه فيما يأتي (١) .

هذا وافترض حسن النية في الحائز هو الأصل ، على أنه يجوز أن ينص القانون في حالة معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه هو بإثبات حسن نيته . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدني من أن « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . فالمفروض هنا أن حائزا ثبت سوء نيته ، وانتقلت حيازته إلى وارثه فأصبح هذا هو الحائز . ففي هذه الحالة لا يفرض القانون في الوارث أنه حسن النية ، بل إن الحيازة تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند المورث ، فيعتبر الوارث حائزا سيء النية كما كان مورثه . إلى أن يثبت هو حسن نيته .
وستعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يأتي (٢) .

٢٩٢ - متى يعتبر الحائز سيء النية : يستخلص مما قدمناه أن الحائز

يعتبر سيء النية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا ثبت أن الحائز كان يعلم ، وهو يحوز الحق الذي يستعمله ، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير . فالسارق يعتبر حائزا سيء النية للشيء المسروق ، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدى على حق المالك . والمغتصب لمال الغير ، عقاراً كان هذا المال أو منقولاً ، يعتبر حائزاً سيء النية ، لأنه وقد اغتصب مال الغير قد علم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق هذا الغير . ومن وجد مالا ضائعاً فاستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه يعتبر

(١) انظر مايل فقرة ٢٩٣ .

(٢) انظر مايل فقرة ٣٠٠ .

حائراً سىء النية ، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له وأن هناك احتمالاً أن يكون له صاحب ، فهو يعلم إذن أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالكا . ومن أخفى شيئاً مسروقاً وهو يعلم بسرقة يعتبر حائراً سىء النية ، لأنه يعلم أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق مالكة . ومن جاز على أرض الجار فأدخل جزءاً منها في أرضه يكون حائراً سىء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له ، لأنه يكون بحيازته إياه علماً بأنه يعتدى على حق الجار . ومن اشترى عيناً من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك ، وتسلم العين ، يكون حائراً سىء النية ، لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدى على حق مالكة . ومن وجد في تركة مورثه عيناً يعلم أنها غير مملوكة للمورث ، ولدخلها في التركة واستولى عليها . يكون حائراً سىء النية ، لأنه يعلم بأنه يعتدى على حق مالك العين . فإذا كان يعتقد أن العين مملوكة لمورثه ولكن ثبت أن المورث كان سىء النية يعلم أن العين غير مملوكة له ، فإن الوارث يكون مع ذلك حسن النية ، ولكن حسن نيته في هذه الحالة لا يفترس ويجب عليه هو أن يثبت ، لأن الحيازة تنتقل إليه من مورثه على اعتبار أنها حيازة بسوء نية إلى أن يثبت أنه هو حسن النية (١) .

(الحالة الثانية) إذا ثبت أن الحائر ، وإن كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، كان يبنى عليه أن يعلم ذلك . فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم . وقد رأينا أن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم ، وأن الحائر في هذه الحالة يعتبر في حكم من يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، ومن ثم يكون حائراً سىء النية (٢) . فمن تسلم شيئاً من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد أُلِف السرقه ، وكان هذا الشيء ذا قيمة كبيرة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص ، فإنه يكون حائراً سىء النية ، سواء اشترى الشيء أو ارتبته أو قبله وديعة عنده . ويرجع ذلك إلى أنه وإن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائر يعلم أن الشيء مسروق ، إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد في التحري عن

(١) انظر م ١/٩٥٥ منذ وقد سقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٠ في آخرها .

مصدر هذا الشيء . فيكون جهله بأنه يعتدى على حق الغير نتيجة لخطأ جسم في جانبه . ومن جار على جزء من الأرض المجاورة لأرضه ، وكان من السهل عليه أن يتبين لو أنه بذل أقل جهد في التحرى أن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكا له . يكون حائزا لسيء النية . لأن جهله بأن حيازته اعتداء على حق الجار يرجع إلى خطأ جسم في جانبه .

وإذا كان الحائز في البداية حسن النية ، ثم علم بعد ذلك أن العين مملوكة للغير . فانه يصبح سيء النية من وقت هذا العلم . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدني ، كما رأينا (١) . صراحة على ذلك إذ تقول : « لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير » (٢)

٢٩٣ - إنبات سوء النية في الحيازة : وقد قدمنا أنه يفترض في الحائز

أنه حسن النية ، وعلى صاحب الحق الذي يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سيء النية . فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، أن حيازته اعتداء على حقه . ولما كان علم الحائز بذلك . أو إمكان علمه به . واقعة مادية . فان صاحب الحق يستطيع إثبات هذه الواقعة بجميع طرق الإثبات . ويدخل في ذلك البينة والقرائن .

ومن القرائن القانونية على علم الحائز أن يكون مورثه الذي نقل إليه الحيازة قد ثبت سوء نيته . فيفترض قانونا أن الوارث هو أيضا مثل مورثه سيء النية يعلم أن العين غير مملوكة لمورثه . ولكن هذه القرينة . القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيستطيع الوارث أن ينقضها بأن يثبت أنه هو كان حسن النية خلافا لمورثه . وأنه كان يعتقد أن العين كانت مملوكة لمورثه (٣) . ومن القرائن القضائية على علم الحائز أيضا أن يكون قد اشترى أرضا معلومة الحدود ، ومع ذلك تجاوز هذه الحدود الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإذا أريد إثبات أن الحائز سيء النية ، وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذي يحوزه ، أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٨٩) .

(٣) أنظر م ١/٩٥٥ مدني آتفاً فقرة ٢٩١ .

ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائر بأن الشيء مملوك لشخص آخر ما قدمناه من أن يشتري هذا الشيء من شخص معروف بسوء السيرة وقد ألفت السرقة ، وأن الشيء كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص .

٢٩٤ - متى يعتبر الحائر سىء النية ولو لم يفتقر أنه مدعى

الحيازة : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدني تنص على ما يأتي : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائر بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، وبعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . ومخلص من هذا النص أن هناك حالتين يعترف فيهما الحائر سىء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً في الحيازة :

(الحالة الأولى) إذا أعلن الحائر في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس له وطولب برده إلى صاحبه ، فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الحائر متضمنة هذا المعنى يصبح الحائر سىء النية ، حتى لو كان يعتقد بالرغم من هذا الإعلان أن الحق الذي يحوزه هو له وأن المدعى مبطل في دعواه . فلو ظهر حقاً أن المدعى مبطل في دعواه وأن الحائر على حق في اعتقاده بأن الحق الذي يحوزه هو له ، فلا تثار في هذا الفرض مسألة سوء نية الحائر لأنه قد ثبت أن الحق هو حقه ، فلا يسترد منه المدعى شيئاً . أما إذا ظهر أن المدعى على حق في دعواه وأن الحق الذي يستعمله الحائر ليس له ، فعندهذا يعامل الحائر كما لو كان سىء النية من وقت أن وصل إليه إعلان المدعى ، حتى لو أثبت أنه كان يعتقد أن له حقاً في الحيازة بالرغم من هذا الإعلان كما سبق القول . ويترتب على ذلك بوجه خاص أنه يطالب برد جميع ثمار العين التي قبضها والتي قصر في قبضها من وقت أن يصبح سىء النية ، أي من وقت وصول إعلان المدعى إليه على النحو الذي قدمناه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٩ مدني إذ تقول : « يكون الحائر سىء النية مستولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته في إنتاج هذه الثمار » ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢)

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) انظر فقرة ٤٧١ .

ويلاحظ أن الحائز لا يطالب برد الثمرات إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه ، ففي هذا الوقت فقط يمكن القول بأنه علم بما يوجه إلى جيازته من اعتراض ، بحيث لو كان هذا الاعتراض صحيحاً أمكن تحرير مطالبة برد الثمرات من وقت علمه بالاعتراض كما لو كان سيء النية . ولا يكفي في ذلك قيد الدعوى في قلم كتاب المحكمة وتقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، فإن المادة ٧٥ من تقنين المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إنما تعتبر « الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » . ومن باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى اعتبار الحائز سيء النية ، فلا يترتب هذا الأثر إلا من وقت إعلان الحائز فعلاً بصحيفة الدعوى (١) .

(١) وهناك مشروع لتنقيح تقنين المرافعات ، جاء في المادة ٦٢ منه أن «ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، مالم ينص القانون على غير ذلك» . وتنص المادة ٦٧ من المشروع على أن «يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها . وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ، ورد الأصل إلى قلم الكتاب » . وتنص المادة ٦٨ من المشروع على أنه «على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الميعاد ، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة . وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور . . . » - ويستخلص من هذه النصوص أن الدعوى تعتبر مرفوعة من وقت إيداع صحيفة بقلم كتاب المحكمة ، وأن قلم الكتاب يسلم الصحيفة إلى قلم المحضرين في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ إيداعها ، وأن قلم المحضرين يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . وعلى ذلك تعتبر الدعوى مرفوعة قبل إعلان صحيفة إلى المدعى عليه بمدة قد تطول إلى ثلاثين يوماً ، ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى ينتج آثاره القانونية قبل إعلان صحيفة . ونرى أنه ، إذا أصبح هذا المشروع قانوناً ، لا بد أن يستثنى الحكم القاضي بجعل الحائز في حكم سيء النية من بين الآثار التي تترتب على رفع الدعوى ، وتأخير هذا الأثر إلى يوم إعلان الحائز . بصحيفة الدعوى . والقول بنفي ذلك يجعل الحائز في حكم سيء النية من وقت إيداع صحيفة الدعوى في قلم كتاب المحكمة ، أي قبل إعلانها للحائز بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً وقبل أن يعلم الحائز فعلاً بالاعتراض الموجه إلى جيازته .

(الحالة الثانية) اذا اغتصب الحائر بالإكراه الحيازة من غيره . والذي يجعل الحائر سىء النية في هذه الحالة هو نفس اغتصاب الحيازة بالإكراه ، ولو كان يعتقد أن الحق الذي اغتصب حيازته هو حقه . وذلك بأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه ، فما كان ينبغي أن يغتصب حيازته بالإكراه ، بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده . أما وقد اغتصب حيازته بالإكراه ، فانه يعتبر حائراً سىء النية ، وتجرى عليه أحكام الحيازة بسوء نية بوجه خاص فيما يتعلق بالمسئولية عن الهلاك ويوجب رد الثمار وذلك فيما لو ظهر أن الشيء الذي اغتصب حيازته بالإكراه ليس له . ولا يشفع له أن يثبت أنه كان يعتقد وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه أن الشيء مملوك له ، إذ لا يجوز لأحد أن ينتصف لنفسه بنفسه (١) .

وبدیهی أنه إذا اغتصب الحائر الحيازة بالإكراه وهو يعتقد أن الشيء مملوك له ، ثم ظهر أن الشيء مملوك له فعلاً ، فإن المدعى لا يرجع عليه بشيء ولا تثار مسألة سوء نية الحائر في هذه الحالة . وهذا لا يخل بما للحائر السابق الذي اغتصب منه الحيازة من حق في رفع دعوى استرداد الحيازة طبقاً لشروطها ، ولا يخل بحقه أيضاً في طلب تعويض عن الإكراه الذي وقع عليه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

٢٩٥ - امتفاظ الحيازة بمقتضاها متى يقوم الدليل على العكس : رأينا (٢) أن المادة ٩٦٧ مدنى تنص على أن « تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . فإذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية - وحسن النية مفترض كما قلنا - فانه يبقى حائراً حسن النية ، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (٣) . وإذا ثبت أن الحائر سىء النية ، فانه يبقى حائراً سىء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « عل أن حسن نية (نية الحائر) يزول حتماً من وقت إعلانه في عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه ، ويهد كذلك سىء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذى اغتصب حيازته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

النية ، وتنقل حيازته بصفها هذه إلى وارثه ، فيعتبر الوارث سوء النية مثل مورثه إلى أن يثبت أنه حسن النية (م ٩٥٥ / ١ مدني) .

ويلاحظ أن الحيازة تتغير صفها عما كانت عليه من قبل بمجرد إقامة الدليل على أن هذه الصفة قد تغيرت على الوجه السابق بيانه . فلا يشترط في تغير صفة الحيازة قيام أحد السببين اللذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل يصدر من الغير ومعارضة الحائز لحق المالك . ونرى من ذلك أنه لا يشترط قيام أحد هذين السببين إلا في تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة ، أما في تغير صفة الحيازة من حسن النية إلى سوء النية أو بالعكس من سوء النية إلى حسن النية ، وفي زوال عيب من عيوب الحيازة كانقطاع الإكراه أو انتفاء الغموض ، فلا يشترط قيام أحد هذين السببين ، بل تكفي إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب .

٢٩٦ - صفة الحيازة بمر انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص -

إعالة : ونرى أنه إذا انتقلت الحيازة إلى خلف عام ، فإنها تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند السلف . أما إذا انتقلت إلى خلف خاص ، فإنه يتبدى حيازة جديدة يفترض فيها حسن النية كما هي القاعدة العامة ، وذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس .

وقد نصت المادة ٩٥٥ مدني على هذه الأحكام ، وسنعود إلى هذا النص فيما يأتي ، فنحيل هنا إلى ماستقرره هناك (١) .

المطلب الثاني

انتقال الحيازة وزوالها

§ ١ - انتقال الحيازة

(Transfert de la possession)

٢٩٧ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٢ مدني على ما يأتي :

« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق » .

(١) أنظر مايل فقرة ٣٠٠ وقرة ٣٠٦ .

وتنص المادة ٩٥٣ مدني على ما يأتي :

« يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » .

وتنص المادة ٩٥٤ مدني على ما يأتي :

١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها » .

٢ - على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة » .

وتنص المادة ٩٥٥ مدني على ما يأتي :

١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » .

٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يربته القانون على الحيازة من أثر » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء أو الحق الذي ترد عليه الحيازة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٧ في المشروع النهائي ، بعد أن استبدلتها كلمة « الواردة » بعبارة « الذي ترد » وبه أن أضافت عبارة « ولولم يكن هناك تسليم مادي » في آخر النص « ليكون الحكم أوضح » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « الشيء » ، وأضيفت عبارة « الشيء موضوع هذا الحق » في آخر المادة ، وأصبح رقم النص ٩٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨) .

م ٩٥٣ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

م ٩٥٤ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما انتقد عليه التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٩ في المشروع -

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق : فيما عدا المادة ٩٥٥/٢ مدني فيقابلها في التقنين المدني السابق المادة ١٠٣/٧٧^١.

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨^٢ .
وتعرض النصوص سالفة الذكر لانتقال الحيازة من حائر إلى حائر آخر ، وبحسن أولاً تحديد معنى انتقال الحيازة في هذا المصدد .

= البناء. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على أن النص لم يورد لإحالتين من حالات التسليم وهما تسليم السندات المغطاة عن البضائع المهدود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثلان الغالبان في العمل . ووافقت على النص تحت رقم ٩٥٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٠ - ص ٤٧١) .
م ٩٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٠ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية جمعت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٧ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٤) .
(١) التقنين المدني السابق م ١٠٣/٧٧ : يجوز لواقع يده على المقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يده من انتقال ذلك منه إليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ : ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها . على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتسكك بذلك ولو كان سلفه سيئ النية . ٢ - ويجوز للخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر .

(والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ : . . . ويمكن لمن يدعي بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذي اتصل منه المقار إليه . (والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

٢٩٨ - مجرير معنى انتقال الحيازة مع هائز إلى هائز آئر : يراد

بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة ، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة ، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة . وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة (accession de la possession) (jonction des possessions) ، لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر في الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة (continuation de la possession) . وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء ، إذا لم يكن للمنقول مالك ، ليس فيه انتقال للحيازة ، لأن المنقول لم يكن في حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه : فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر . واغتصاب الحيازة من الحائز أو انتراع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالا للحيازة ، لأن المنتصب أو متزع الحيازة بالإكراه يبتدىء حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة (١) . وحيازة غير الوارث لعين من أعيان التركة ، سواء كان الحائز

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ٤٧ . ولكن إذا اغتصبت الحيازة من الحائز ، وبقى الاغتصاب أكثر من سنة ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو بحكم قضائي ، فهل يستطيع هذا الحائز أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المنتصب ؟ هناك رأى يذهب إلى أن الحائز الذي استرد حيازته بعد أكثر من سنة تنقطع حيازته لأن الاغتصاب دام أكثر من سنة ، ثم هو لا يعتبر خلفاً للمنتصب حتى تضم مدة حيازة المنتصب إلى مدة حيازته (لوران ٢٢ فقرة ٣٦٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ هاش ٨ - بفنوار ص ٢٨٦ وما بعدها - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٣٢ دالوز ٣٢ - ١ - ٨٣) . وهناك رأى آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن الحائز يعتبر خلفاً للمنتصب في حيازته فتضم مدة حيازة المنتصب إلى مدة حيازته ، وذلك لأن هناك رابطة قانونية بين حيازة المنتصب وحيازة الحائز اللاحقة ، إذ أن المنتصب نقل حيازته إلى الحائز إما اختياراً وإما جبراً بموجب الحكم . فإذا وضع شخص يده على عين مدة ثلاث سنوات ، ثم اغتصبت منه الحيازة وبقى الاغتصاب مدة سنتين ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو قضاء وبقى حائزاً مدة خمس سنوات ، فإن مدة متى الاغتصاب تضم إلى خمس السنوات الأخيرة لأن الحائز يعتبر خلفاً للمنتصب ، ولكن ثلاث السنوات السابقة على الاغتصاب لا تحسب في مدة التقادم لأن التقادم قد انقطع بالاغتصاب الذي دام أكثر من سنة . وهذا هو الرأي الذي نقضه ويقول به كثير من الفقهاء (هيك ١٤ فقرة ٣٧٠ - كوليمدي سائير ٨ فقرة ٣٤١ مكررة - ماركاديه على المادة ٢٧٢٥ رقم ٣ - جيوان فقرة ٥١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٦٣) .

سواء النية أو حسن النية ، تعتبر هي أيضا حيازة مبتدأة لا تتصل بحيازة المورث ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا تضم إلى مدتها مدة حيازة المورث .

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذى أسلفناه فيتم بأحد طريقين :
 (أ) بالميراث ، فننتقل حيازة المورث إلى الوراث ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام . (ب) بالاتفاق . فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيازة ، كما إذا اتفق البائع مع المشتري على أن ينقل له حيازة الشيء المبيع أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيازة هذه العين ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص (١) .
 ونستعرض كلا من الطريقين :

١ - انتقال الحيازة إلى خلف عام :

٢٩٩ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثالث أو الربع . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدني تقول : « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها ... » . ومخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون ، فقد كان الميت هو الحائز في حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسليما قطليا . وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء ، ففي الفقرة ما بين موت السلف وتسليم الخلف تسليما قطليا ، لا بد أن يكون للمال حائز مادام مالا مملوكا غير سائبة . ومادامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف . فالحيازة

(١) ويلاحظ أنه في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، حيازة السلف وثانيا حيازة الخلف وإن كانت حيازة غير مبتدأة بل حيازة متصلة بحيازة السلف ومكملة لها ، ويجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة السلف لو لا يضمها تبعا لمصلحته . أما في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى . بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدأها السلف ، واستمر فيها الخلف (بودرى وتيبه فقرة ٢٩٦ من ٢٦٨) .

(٢) انظر أيضا فقرة ٢٩٧ .

تتبع الملكية هنا ، وتنتقل هي أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف (١) .

والمفروض في انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون أن هذه الحيازة لم تنقطع . فإذا استولى الغير على المال ، ولكن الوارث استرد الحيازة في خلال سنة من هذا الاستيلاء ، فإنه يعتبر حائرا بأثر رجعي من وقت موت السلف ، ولا يعتد بفترة الانقطاع التي لم تبلغ السنة . أما إذا بقيت حيازة الغير سنة دون أن يستردها الخلف العام ، فإن الحيازة تبقى عند هذا الغير ويستطيع أن يلجأ في حمايتها إلى دعاوى الحيازة . وإذا لم يستول أحد على المال ، فإن المال يعتبر في حيازة الخلف العام على الوجه الذي قدمناه . ولو لم يتسلمه الخلف العام فعلا وبقي دون أن يتسلمه مدة سنة أو أكثر ، ما دام المال لم يستول عليه أحد غيره (٢) .

٣٠٠ - **بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام :** رأينا أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها . وأهم هذه الصفات هي أن تكون الحيازة حيازة عرضية أو حيازة أصيلة ، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير مشوبة ، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية .

وقد قدمنا (٣) أن حيازة المورث إذا كانت حيازة عرضية تنتقل بهذه الصفة إلى الوارث ، فيبقى الوارث كما كان المورث حائرا عرضيا يحوز لحساب غيره . ولا تصبح حيازة الوارث حيازة أصيلة إلا إذا تغيرت صفاتها العرضية بأحد الأمرين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة المورث : فعل يصدر

(١) ويرى أوبري وزو انتقال الحيازة إلى الخلف العام قبل أن يتسلم المال فعلا بأن الذي ينتقل ليست هي الحيازة في ذاتها ، لأن الحيازة واقعة مادية فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلا . وإنما الذي ينتقل إلى الخلف العام هي مزايا الحيازة ، وبخاصة دعاوى الحيازة وإمكان التملك بالتقادم ، باعتبار أن هذه المزايا هي من توابع الحق الذي انتقل إلى الخلف العام ومن شأنها أن تقوى هذا الحق وتدفع عنه الاعتداء وأوبري وزو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ وهامش ٢ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٣٤٣ ص ٢٦٧ وفقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨ وفقرة ٣٤٧ ص ٢٦٨ ص ٢٦٩) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٣٤٧ ص ٢٧٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

من الغير ، أو فعل يصدر من الوارث يعارض به حق المالك (١) .
وقد بسطنا تفصيلا كلا من هذين الأمرين ، فنحيل هنا إلى ما سبق أن قلناه
هناك (٢) . وغنى عن البيان أن حيازة المورث إذا كانت حيازة أصيلة تنتقل
إلى الوارث حيازة أصيلة كذلك ، وبحوز الوارث ، كما كان يحوز المورث ،
لحساب نفسه . ولا تتغير هذه الصفة الأصيلة عند الوارث إلى صفة عرسية
إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره ، شأنه في ذلك شأن المورث .

كذلك إذا كانت الحيازة عند المورث مشوبة بعيب ، كأن كانت حيازة
خفية أو حيازة باكره أو حيازة غامضة ، فإنها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا
العيب . ولا بد ، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث ، أن يزول العيب الذي
هو مشوبة به ، كما كان يجب أن يزول هذا العيب في حياة المورث . فلا بد
من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث ، أو يقطع
الإكراه إذا انتقلت مشوبة بالإكراه ، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة (٣) .
وإذا كان المورث حسن النية في حيازته وبقي حسن النية إلى أن مات ،
فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية . ويعتبر الوارث ، كما كان
يعتبر المورث ، حسن النية في حيازته ، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذي
قدمناه في إثبات سوء نية الحائز (٤) . وكذلك يعتبر الوارث سيء النية ،
ولو كان يعتقد كمورثه أن للمورث حقا في الحيازة ، إذا أعلن الوارث في
صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس لمورثه وطولب برده إلى صاحبه .
فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الوارث يصبح هذا سيء النية ، كما كان
مورثه يعتبر سيء النية لو أنه هو الذي أعلن في حياته بصحيفة الدعوى (٥) .

(١) ولا يستطيع الوارث أن يتك بالتردد ما بقيت حيازته عرسية ، فإذا انقلبت
إلى حيازة أصيلة على الوجه المتقدم الذكر أمكنه أن يتك بالتردد (بودري وتيسيه فقرة ٣٤٩ -
بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض على ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٦ ص ٨٦ - ٢١ مايو سنة
١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ١٠١٤ ص ١٩٢ - استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة
٢١ ص ١٥٢٥ - بودري وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧١ وقرة ٣٤٩ - بلانيول وريبير
ويكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

وإذا كان المورث قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره ، فقد قدمنا (١) . أنه يعتبر سوء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذي اغتصب حيازته هو حقه ، وتنتقل الحيازة بهذه الصفة إلى الوارث ، فيعتبر سوء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذي اغتصب بالإكراه هو حق مورثه وأنه لم يغتصبه بالإكراه . أما إذا كان المورث سوء النية في حيازته ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقيمة بسوء النية ، ولا يفترض في الوارث أنه حسن النية . ويبقى الوارث معتبراً كمورثه سوء النية ، إلى أن يثبت أنه هو حسن النية أي يعتقد أن مورثه كان على حق في حيازته . فعند ذلك يعتبر الوارث حسن النية منذ أن انتقلت إليه الحيازة من مورثه ، ويبقى حسن النية بكل ما يترتب على حسن النية من آثار (٢) إلى أن يزول حسن نيته . ويزول حسن نيته إذا أثبت صاحب الحق أن الوارث أصبح الآن يعلم أن مورثه لم يكن على حق في حيازته .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) ومن هذه الآثار أن يملك الثمار بالنقص (انظر مايل فقرة ٣٠١ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٣١٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٤ ص ٥٢٨ - إسماعيل غانم ص ١٢٧ - ص ١٢٨ - حسن كيرة ص ١٣٢ - ص ١٣٣) . وانظر في تملك الوارث حسن النية المقار بالتقادم القصير إذا كان مورثه سوء النية محمد على عرقة ٢ فقرة ٨٤ ص ٨٤٧ - ص ١٤٨ ، وانظر أيضاً في هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩١ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٨ ص ٤١٦) ويفترض أن المورث كان يستند في حيازته إلى سبب صحيح ولكنه كان يعلم أنه قد تلقى العقار من غير مالك أي أنه كان سوء النية ، فإذا كان الوارث حسن النية استطاع أن يستند إلى حسن نيته وهو إلى السبب الصحيح الصادر لمصلحة مورثه لكي يتمسك بالتقادم الحسى . ولكن يبدو أن حسن نية الوارث في الغرض السالف الذكر لا يهدى ، إذ يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق وكان المورث وقت تلقى الحق سوء النية . ولذلك يجب افتراض أن الوارث قد أثبت إلى جانب حسن نيته أنه تلقى سبباً صحيحاً غير السبب الصحيح الذي تلقاه مورثه ، وأنه كان وقت تلقيه إياه حسن النية . فعندئذ يستطيع الوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح الذي تلقاه هو وحسن نيته لتملك العقار بخمس سنوات . ولا يجوز أن يضم إلى مدته مدة مورثه الذي كان سوء النية . وما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سوء النية ، جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه » : مجموعة الأهمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣ - فيه خطأ مطبعي ظاهر ، والصحيح كما يدل سياق العبارة هو «على ألا يضم مدة حيازة مورثه » . فنفظ «على» بشرط بعدم ضم مدة حيازة المورث ، ولو أريد ضم هذه المدة لفيل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثه .

١٠٣ - ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام :
ولما كانت حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة السلف ، فالأصل أن تضم مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث ما دام للوارث فائدة في هذا الضم .
فاذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة مثلا ، وانتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفي أن يستمر هذا حائرا نصف سنة أخرى حتى يستطيع أن ينفع بدعوى منع التعرض . وهذه الدعوى يشترط فيها أن يكون الحائرا للعقار قد استمر حائرا له سنة كاملة (م ٩٦١ مدني) ، فيضم الوارث مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته هو فتكمل له مدة السنة التي يتطلبها القانون . وهذا هو الحكم أيضا في استكمال الوارث مدة حيازته إلى سنة كاملة بضم حيازة مورثه ، إذا أراد أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة (م ٩٦٢ مدني) . وإذا كان المورث قد ابتزع الحيازة بالإكراه وانقطع الإكراه ، وبقي حائرا بعد انقطاع الإكراه مدة أقل من سنة ، فإن هذه المدة تضم إلى مدة حيازة وارثه حتى يستكمل الوارث مدة السنة الواجبة حتى يستطيع أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة .

وكذلك يستطيع الوارث أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه ، إذا أراد التملك بالتقادم المكسب . فاذا كان المورث سيء النية في حيازته ، وانتقلت الحيازة مقرنة بسوء النية إلى الوارث كما قدمنا ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته . ونفرض في ذلك أن المورث بقي حائرا عشر سنوات ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفي أن يستمر الوارث حائرا خمس سنوات أخرى حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، فيتملك العين بالتقادم . وإذا كان المورث قد حصل سببا صحيحا وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقرنة بحسن النية وبالسبب الصحيح . فاذا كان المورث قد بقي حائرا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فإنه يكفي أن يستمر الوارث حائرا للعقار سنتين أخريين حتى يستكمل مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات ، فيتملك العقار

(٥٦)

بالتقادم^١ وإذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح .
 فإن الحيابة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية . ولا يجدى الوارث بعد ذلك أن
 يثبت حسن نيته هو . فإن العبرة بحسن النية وقت تلقى الحق ، أى بحسن نية
 المورث وقت حصوله على السبب الصحيح . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث
 فى هذا الفرض أن يملك العقار إلا بالتقادم الطويل . وله أن يضم مدة حيابة
 مورثه إلى مدة حيابته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة
 سنة^٢ . أما إذا كان المورث حسن نية ولكن ليس لديه سبب صحيح
 وبقي حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيابة للوارث . فإنها
 تنتقل إليه مقترنة بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كانت عند المورث .
 ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام
 السبب الصحيح . ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل . سواء بقى حسن النية
 أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيابة إليه . وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيابة
 مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيابته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية
 أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزاً سبع
 سنوات أخرى إذ تضم إليها مدة حيابة مورثه وهى ثمانى سنوات .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٥٥ / ١ مدنى ، كما رأينا (٣) ،
 ما يأتى : « على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيابته
 حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . ويتحقق ذلك فى كسب الثمار
 بالحيابة ، إذا اقترنت الحيابة بحسن النية . فإذا كان المورث سيء النية فى
 حيابته ، وجب عليه أن يرد الثمار للمالك (م ٩٧٩ مدنى) . فإذا انتقلت الحيابة

(١) ولو انقلب المورث سيء النية قبل أن يستكمل مدة تقادم القصير ، أو ثبت أنه
 كان سيء النية وقت انتقال الحيابة إليه ، فإنه مع ذلك يملك العقار بالتقادم القصير . ذلك
 بأن مورثه لو انقلب سيء النية لم يمنعه ذلك من تملك العقار بالتقادم القصير ، مادام أنه كان
 حسن النية وقت تلقى الحق أى وقت صدور السبب الصحيح . وحيابة الوارث استمرار لحياب
 المورث ، فيملك الوارث بالتقادم القصير كما كان يملك مورثه لو بقى حياً . أنظر فى هذا المعنى
 بودرى وببييه فقره ٢٤٨ ص ٢٧٠ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧١٩ .

(٢) بودرى وببييه فقرة ٢٤٨ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

إلى الوارث ، وأثبت هذا حسن نيته ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته هذه ، فلا يرد الثمار التي قبضها إلى المالك ما دام حسن النية (م ٩٧٨ مدني) .

ب - انتقال الحيازة إلى خلف خاص .

٣٠٢ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص : والمقصود هنا أن

تنتقل الحيازة في عين معينة بالذات من الحائز إلى شخص آخر ، وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام فالذي ينتقل إلى الخلف العام هو مجموع من المال أو جزء من هذا المجموع كالتركة أو جزء من التركة ، لا عين معينة بالذات . ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناء على الترام في ذمة الحائز بنقلها إليه ، وكل شخص ردت إليه حيازة العين على أثر فسخ التصرف أو إبطاله أو بطلانه أو نقضه أو إلغائه أو الرجوع فيه أو زواله بأي سبب آخر ، وبوجه عام كل شخص تربط حيازته اللاحقة بالحيازة السابقة رابطة قانونية (١) .

وتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (ومن في حكمه) بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاقاً يعقبه التسليم . والتسليم قد يكون تسليماً فعلياً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً مادياً ، أو تسليماً حكماً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً ، أو تسليماً عن طريق التمكين فيكون انتقال الحيازة انتقالاً رمزياً (٢) . وحيازة الخلف الخاص ، بخلاف حيازة الخلف العام ،

(١) ولما كان يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفة كما سئى (أنظر مايل فقرة ٣٠٧) ، كذلك يجوز لمن هم في حكم الخلف الخاص أن يضموا إلى مدة حيازتهم اللاحقة مدة الحيازة السابقة ، وعلى ذلك يكون قرأى عليه المزاود أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المدين المحجوز عليه ، والمتقاسم أن يضم إلى مدة حيازته بعد القسمة مدة الحيازة المشتركة بين وبين شركائه قبل القسمة ، والموصى له أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الموصى ومدة حيازة الورثة في الفترة ما بين وفاة الموصى وبين تسليم العين الموصى بها إلى الموصى له ، والحائز حق الانتفاع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المالك قبل أن يتجرد من حق الانتفاع ، والبايع أو الواهب أن يضم إلى مدة حيازته بعد فسخ البيع أو فسخه أو بعد زوالهما بأي سبب من أسباب الزوال مدة حيازة المشتري أو الموهوب له قبل الفسخ أو قبل الزوال (انظر في ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ - ص ١٣٦ - بودري وتيسيه فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : «تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف : مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق إلى الخلف . وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادي ، كما إذا استمر السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف =

تستقل عن حيازة السلف في صفاتها. فلا تكون حيازة الخلف الخاص بالضرورة صفات حيازة السلف. وللخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه، وله ألا يضمها. تبعاً لمصلحته. فهذه حلة من المسائل نبحثها فيما يلي.

٣٠٣ - انتقال الحيازة إتقاراً مادياً بالتسليم الفعلي : رأينا (١) أن المادة

٩٥٢ مدني تنص على أن « تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة. ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق ». وخير تطبيق لهذا النص هو انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري، إذ أن المشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، لا في انتقال الملكية فحسب بل أيضاً في انتقال الحيازة، فالبايع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشتري أي بنقل حيازته إليه وقد نصت في هذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدني على أن « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه إستيلاء مادياً. مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ». وهذا هو التسليم الفعلي للمبيع، وينطوي كما نرى على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري، ويشترط لذلك أن يكون المشتري متمكناً من حيازة المبيع حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك. ولكن لا يشترط أن يتسلم المشتري المبيع فعلاً، فمادام متمكناً من هذا التسليم، فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم (٢). أن يخطر البائع المشتري بوضع

(مثل ذلك البائع يستاجر الشيء المبيع)، أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستاجر يشتري الثمن). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً، كتسليم السندات المطاعة عن البضائع المجهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن. ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقي مع التسليم الرمزي، كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها، فالحيازة في هذا الغرض عند الأخير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣). (١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأموال التي تلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً تثبت الحيازة فيها ووضع اليد عليها لتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التي هي عليها. والتسليم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها دون مانع، ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فانهما يقيان لجزء اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدتين أحكامهما. ومادام لم يعترض من يعكزهما عليه أو يزيلهما عنه ويكف هو المدة التي تستوجب مرورها يد المعارض حماية القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ١).

المبيع تحت تصرفه ، ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار . فقد يكون بانذار رسمي ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه أخطر المشتري فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه (١) .

فاذا كان المبيع دارا يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يسلم المشتري مفاتيحها فيمكنه من حيازتها . وإذا كان أرضا زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يمكن المشتري من الاستيلاء عليها . وإذا كان متقولا ، فوضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمناولته إياه يدا بيد ، ويتيسر ذلك في المتقول في أكثر الأحيان . وإذا كان محصولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثمارا لا تزال فوق الأشجار ، فيخلى البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها . وتسليم الشيء المعين بنوعه فقط يكون بافرازه في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس . وإذا كان المبيع حق ارتفاق كحق المرور ، فانه يسلم للمشتري بالتخليص له في استعمال هذا الحق ، مع تمكنه من ذلك بإزالة ما قد يحول بينه وبين المرور . وقد يكون المبيع حقا شخصيا لا حقا عينيا ، كما في حوالة الحق . وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه . وفي الأسهم والكميالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير ، وفي السندات الاسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة . ويتبين من ذلك أن طريقة التسليم تتكيف بحسب طبيعة المبيع (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٠٧ - عل أنه يلاحظ في التسليم الفعل أنه كان ينبغي أن ينتقل الشيء انتقالا ماديا من البائع إلى الخلف الخاص ، فلا يكون تسليم الحائز لشيء بل يجب أيضا تسليم الخلف الخاص له . ولكن نص المادة ٩٥٢ منق سالف الذكر صريح في أن انتقال الحيازة يتم ولو لم يكن هناك تسليم مادي لشيء موضوع هذا الحق . وقد كان المشروع التمهيدى خاليا من هذه العبارة ، فأضافتها لجنة المراجعة ، وأكلتها لجنة مجلس الشيوخ (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ في الهامش) . وكان الأولى ، بدلا من إضافة هذه العبارة ، أن تضاف عبارة عكسية ، فيكون النص على الوجه الآتي : «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره لم إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، وسيطر عليها فعلا» . فان العبارة في التسليم الفعل للحيازة أن تنتقل الحيازة انتقالا ماديا إلى الخلف

٣٠٤ - انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً بالتسليم المحكمي : رأينا (١) أن

المادة ٩٥٣ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة . أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » . وهنا أيضاً نورد انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري تطبيقاً جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع . أو كان البائع قد استبق المبيع في حيازته لسبب آخر غير الملكية » . وهذا هو التسليم المحكمي للمبيع . فتنقل حيازته بهذا التسليم المحكمي انتقالاً معنوياً من البائع إلى المشتري . ويتم التسليم كما نرى بمجرد تراضي المتعاقدين . ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم المحكمي بذلك عن التسليم الفعلي بأنه مجرد اتفاق (convention) أو تصرف قانوني (acte juridique) غير مصحوب بعمل مادي . أما التسليم الفعلي فهو اتفاق مصحوب بعمل مادي .

وللتسليم المحكمي صورتان :

(الصورة الأولى) أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، باجارة أو إعاره أو ودیعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري

الخاص ، فلا يكتفى بمجرد التسليم بل يجب أن يقرن به التسليم . وهناك فرق بين تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وبين نقله حيازته . فو نقل حيازته يجب أن يتولى الخلف الخاص على الشيء استيلاء مادياً ولا يجب ذلك في تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يتولى عليه مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم . إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يتولى بعد على المبيع . فإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التملك بالحيازة لملك المنقول ما دام لم يتولى عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً في تسلمه من المخزن الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التملك بالحيازة لملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري و د فقرة ٢٥٤ ص ٤٩ - بودزي وسينا فقرة ٢٩٨ - بلانيول وريير وهامل ٩ ص ٧٥ هامش ٢) » (الوسط : فقرة ٣٠٦ ص ٨٩ هامش ٢) .

(١) انظر اتفاقاً فقرة ٢٩٧ .

حائرا فعلا للمبيع وقت صدور البيع . ولا يحتاج إلى إسبلاء مادي جديد ليتم التسليم ولتنتقل الحيازة . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته . ولكن لا كستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو دائن مرتين رهن حيازة . بل كما لك له عن طريق الشراء . فتغير نية المشتري في حيازته للمبيع وتغير صفة حيازته بعمل يصدر من الغير وهو البائع (*interversion du titre*) وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويسمى هذا التسليم بالتسليم المختصر (*traditio brevi manu*)

(الصورة الثانية) أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع . ولكن لا كمالك فقد تجرد عن الملكية بعقد البيع ، بل كستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتين رهن حيازة أو غير ذلك من التصرفات التي تتم بين المشتري والبائع بعد البيع وتستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يرسل البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إعادة الحيازة من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذي أعقب عقد البيع . ويسمى هذا الاتفاق (*constitut*) (*ressessoire*) . وتغير صفة حيازة البائع في هذه الصورة . إذ كانت حيازة أصيلة قبل البيع فأصبحت حيازة عرضية بعد البيع بموجب هذا العقد الجديد . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلي (١) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - وهناك صورة ثالثة للتسليم الحكى يمكن الأخذ بها في مصر دون نص . لأنها تتفق مع القواعد العامة ، وقد قررنا في هذا الخصوص : « وقد أورد التقنين المنقح للمراق صورة ثالثة للتسليم الحكى يمكن الأخذ بها دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتي : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو هبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه للعقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » . وتتميز هذه الصورة عن صور التسليم الحكى المتقدمين بأن فيها انتقالاً مادياً لحيازة المبيع . كما تتميز -

٣٠٥ - انتقال الحيازة إنتقالاً رمزياً عن طريق التمكين : رأينا^(١)

أن المادة ٩٥٤ مدني تنص على أن ١٠ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . ٢ - على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها . وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة . ونورد هنا تطبيقاً لهذا النص أيضاً في انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري .

فنفرض أن شخصاً اشترى من آخر بضائع ، كان البائع قد عهد بها إلى أمين النقل أو أودعها بالمخازن . ويتسلم صاحب البضائع عادة سندات عن البضائع ، يأخذها من أمين النقل أو من المخازن التي أودعت بها البضائع ، ليسحب بموجبها بضائعه . ففي انتقال حيازة هذه البضائع انتقالاً مادياً من البائع إلى المشتري ، يجب أولاً أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها ، ثم يسلم هذه البضائع بعد سحبها تسليماً فعلياً إلى المشتري . أما في انتقال الحيازة إنتقالاً رمزياً . وهو القرض الذي نحن بصددده . فبدلاً من أن يسحب البائع البضائع ثم يسلمها للمشتري . يكفي بتسليم المشتري سندات البضائع ، فيستطيع هذا الأخير أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن . ولكن مجرد تسليم المشتري لسندات البضائع من البائع يعد انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، إذ أن هذه السندات متى صارت في يده أصبح صاحب الحق في سحب البضائع . ومن ثم يعتبر تسليم المشتري لسندات البضائع انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، لأن البضائع أصبحت تحت تصرفه في يد أمين النقل أو في المخازن . وانتقال الحيازة هذا ليس إنتقالاً فعلياً بل هو انتقال رمزي ، لأن المشتري لم يتسلم البضائع تسليماً فعلياً بمجرد

= عن التسليم الفعل بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسليم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كسأجر من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني (الوسيط) : فقرة

٣٠٨ ص ٥٩٤ - ص ٥٩٥) .

(١) انظر أيضاً فقرة ٢٩٧ .

تسلمه للسندات ، بل تسلمها تسلماً رمزياً ، وعليه بعد ذلك أن يتسلمها تسلماً فعلياً بسحبها من تحت يد أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها .

والمثلان اللذان ذكرناهما - تسلم سندات البضائع المعهود بها إلى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة في المخازن - لم يذكر في المادة ٩٥٤ مدني على سبيل الحصر بل على سبيل المثال (١) . ومن الأمثلة الأخرى ، في نقل حيازة المنقول ، تسليم البائع للمشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر . يحتوي هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ماله في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون (المدني السابق) قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها . لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً ، وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية مستقل هو بتقديرها ، ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (٢) .

وإذا تعارض انتقال الحيازة المادية مع انتقال الحيازة الرمزية ، كانت الأفضلية لانتقال الحيازة المادية ، لأنه أكثر واقعية من انتقال الحيازة الرمزية ، ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن يكون أكثر اطمئناناً من لم يحصل

(١) وعندما نظر مشروع المادة ٩٥٤ مدني أمام لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على أن النص لم يورد إلا حالتين من حالات التسليم ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم يردا على سبيل الحصر ، وإنما هما المثلان الغالبان في العمل (أنظر آتقاً ص ٨٧٤ هامش ١) .

(٢) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٧ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ ص ٥٩١ - ص ٥٩٢ ص ٥٩٢ هامش ١ .

إلا على حيازة رمزية . فإذا باع صاحب البضائع بضائعه . وهي في يد أمين النقل . لشخصين متعاقبين ، فإن ملكية البضائع تنتقل للمشتري الأول بموجب عقد البيع الصادر له . فإذا مات سلم هذا المشتري الأول البضائع تسليماً رمزياً بتسلمه سندات البضائع . ولم يتسلم المشتري الثاني البضائع أصلاً ، بقيت ملكية البضائع عند المشتري الأول . فهو صاحب البيع الأول وهو الذي تسلم البضائع . ولكن إذا تسلم المشتري الثاني البضائع ذاتها تسليماً فعلياً من أمين النقل . ولو بعد أن تسلم المشتري الأول سندات هذه البضائع . كان المشتري الثاني هو صاحب الحيازة المادية والمشتري الأول هو صاحب الحيازة الرمزية . وتعارضت الحيازتان . وعند تعارضهما تفضل الحيازة المادية كما قدمنا . فيعتبر المشتري الثاني صاحب الحيازة المادية هو الحائز للبضائع دون المشتري الأول صاحب الحيازة الرمزية . ومن ثم يكون البائع قد باع البضائع مرتين ، وسلمها تسليماً فعلياً للمشتري الثاني دون المشتري الأول . فتنقل ملكية البضائع إلى المشتري الثاني . لا بموجب عقد البيع الثاني الصادر له فقد سبق هذا البيع الثاني بيع أول نقل الملكية إلى المشتري الأول ، بل بموجب الحيازة المادية التي انتقلت إلى المشتري الثاني كما قدمنا . فتنقل هذه الحيازة المادية وحدها إليه ملكية البضائع ما دام حسن النية ، طبقاً للقاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المتقول سند الملكية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٤ مدني . كما رأينا (١) ، تأكيداً لذلك : « على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

٣٠٦ - صفات الحيازة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص : رأينا (٢) أن

الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بالصفات التي كانت عليها عند السلف ، فكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصلية ، مشوبة بعيب أو غير مشوبة . مقترنة بحسن النية أو بسوء النية . ذلك بأن الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف العام ليست إلا استمراراً لحيازة السلف . فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف العام . أما الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف الخاص ، فإنها

(١) انظر آتياً فقرة ٢٩٧ .

(٢) انظر آتياً فقرة ٣٠٠ .

تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، تتميز بصفاتها الخاصة التي قد تغاير الصفات التي كانت عليها عند السلف . ويترتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة . وليست مجرد استمرار لحيازة السلف ، أن تكون هناك حيازتان ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص ، وقد تختلفان في الصفات . وقد تضم مدة إحداهما إلى مدة الأخرى وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص .

فحيازة الخلف الخاص إذن قد تخالف في صفاتها حيازة السلف ، وذلك من وجوه عدة :

فقد تكون حيازة السلف حيازة عرضية ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة أصيلة . مثل ذلك أن يكون السلف مستأجرا للعين أو مستعيرا لها أو مودعة عنده ، فتكون حيازته حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المؤجر أو المعير أو المودع . ثم يبيع العين ، وسواء كان المشتري حسن النية أو سيء النية فإنه كمشتري يحوز العين كمالك ، أى يحوزها لحساب نفسه . فتكون حيازته وهو خلف خاص حيازة أصيلة ، في حين أن حيازة السلف حيازة عرضية (١) . وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف حيازة أصيلة ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة عرضية . مثل ذلك أن يؤجر المالك العين أو يعيرها أو يودعها أو يرهنها رهن حيازة ، فتكون حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى حق الملكية ، حيازة

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٧ - ولو أن السلف استبق الحيازة وأراد تحويلها من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، لوجب في هذا التحويل أن يصدر في من الغير أو يصدر منه هو فعل يعارض به حق المالك (intervention du titre) . أما هذا فلنا في حاجة إلى ذلك ، لأننا لسنا في صدد تغيير صفة الحيازة عند الحائز العرضي نفسه ، بل في صدد انتقال الحيازة من حائز عرضي إلى حائز أصيل ، فتغيرت صفة الحيازة لا عند الحائز العرضي ، بل عند خلقه الخاص فأصبح هذا حائزا أصيلا . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحائز العرضي كالدائن المرتهن ، وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل معارضة ظاهرة لحق المالك ، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى في حق خلقه الخاص كمشتري من الدائن المرتهن ، لأنه في هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التي كانت للبائع له (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٨) .

عرضية لأنه يحوز لحساب المالك . أما حيازة المالك ، وهو السلف في الحيازة ،
فحيازة أصيلة تغاير في هذه الصفة حيازة الخلف الخاص وقد رأينا أنها حيازة
عرضية .

وقد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب ، كأن تكون خفية أو غامضة
أو يشوبها الإكراه . فإذا إنتقلت إلى الخلف الخاص ، فليس من الضروري
أن يشوبها عند انتقالها هذا العيب . فقد تكون حيازة الخلف الخاص عند
انتقالها إليه ظاهرة بعد أن كانت خفية عند السلف ، أو واضحة لا لبس فيها
بعد أن كانت غامضة ، أو هادئة بعد أن كان يشوبها الإكراه . وعلى العكس
من ذلك قد تكون حيازة السلف غير مشوبة بعيب ، ثم يشوب حيازة الخلف
الخاص عيب الإكراه أو عيب الغموض أو عيب الخفاء أو عيب عدم
الاستمرار .

وقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية ، ومع ذلك يكون الخلف
الخاص حسن النية في حيازته . وإذا إنتقلت الحيازة إلى الخلف الخاص ،
فسواء كان السلف حسن النية أو سيء النية . فانه يجب الرجوع إلى الأصل
وافترض حسن النية في الخلف الخاص إلى أن يثبت العكس . وقد قررنا غير
ذلك في الخلف العام . وقلنا إنه إذا كان المورث سيء النية فان الحيازة تنتقل
إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض في الوارث أنه حسن النية إلى أن
يثبت حسن نيته . لأن حيازة الوارث ليست إلا استمرارا لحيازة المورث (١) .
وإذا افترض في الخلف الخاص حسن النية كما سبق القول ، فان هذا الافتراض
يبقى (٢) إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نية الخلف الخاص . وفي جميع الأحوال
يعتبر الخلف الخاص سيء النية ، ولو كان يعتقد أنه تلقى الحق من صاحبه ،
إذا أعلنه صاحب الحق الحقيقي في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه
قد تلقاه من غير صاحبه . فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الخلف الخاص

(١) أنظر آنفاً ص ٨٨٠ .

(٢) فإذا كان السند الذي تلقى به الخلف الخاص الحيازة من السلف سيئاً صحيحاً ناقلاً
للملكة كالبع والهبة فإذا كانت العين عقاراً أمكن أن يملكها الحائز بالتقادم القصير إذ يفترض
فيه حسن النية كما قدمنا ، وإذا كانت العين منقولة يملكها في الحال بمجرد الحيازة طبقاً للقاعدة
التي تنفى بأن الحيازة في المنقول عند الملكية

يصبح هذا معنى النية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وإذا كان السلف قد اغتصب الحيازة بالإكراه فأصبح بذلك معنى النية ، فان هذا لا يمنع من أن الحيازة إذا انتقلت إلى الخلف الخاص يفترض فى هذا الأخير أنه حسن النية ، لأن حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما سبق القول . وقد يكون السلف حسن النية ، وتنتقل الحيازة إلى خلف خاص ، يفترض فى الخلف الخاص أنه حسن النية إلى أن يثبت صاحب الحق أنه معنى النية . وليس ذلك راجعا إلى أن حيازة السلف المقترنة بحسن النية قد انتقلت على هذه الصفة إلى الخلف الخاص ، بل إن هذا رجع إلى أن حسن نية يفترض فى الحائز ، ولما كان حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مبتدأة فانه يفترض فيها حسن النية ، شأنها فى ذلك شأن أية حيازة أخرى .

٣٠٧ - ضم مدة حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص : وقد رأينا (٢)

أن الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : « ويحوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر » . فبالرغم من أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما تقدم القول ، إلا أن الخلف الخاص بالخيار بين أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك بأحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة فى ذلك (٣) .

فالخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، للتملك بالتقادم (٤) ، فقد نقل له سلفه كل حقوقه على العين

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٢٩٧ .

(٣) بودرى وتيبه فقرة ٣٥٠ .

(٤) كذلك للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته سلفه مدة حيازته فى حساب السنة التى يجب أن تبقى فيها الحيازة لإمكان رفع دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة (أوبرى زرو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠) .

ومنها مزايا حيازته السابقة من ناحية التقدّم *(causam usucapiendi)* (١) فإذا كان السلف سيء النية وبقي حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت حيازة العين إلى خلف خاص هو أيضاً سيء النية ، فللخلف الخاص أن يملك العين بالتقدم الطويل إذا هو بقي حائزاً للعين سبع سنوات أخرى (٢) . وإذا كان السلف غير مالك للعقار ولكنه حسن النية ولذيه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات مثلاً ، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص هو أيضاً حسن النية ، فللخلف الخاص أن يملك العقار بالتقدم القصير إذا هو بقي حائزاً له مدة سنتين أخريين . ولكن يشترط في ذلك أن تكون كل من الحيازتين ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص مستوفية لشروط التملك بالتقدم القصير ، فيجب أن تكون كل منهما مقرنة بحسن النية وبالسبب الصحيح (٣) . وإذا كان السلف سيء النية . وبقي حائزاً للعين مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً . ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص حسن النية ، فسرى أن هذا الخلف الخاص يستطيع أن يستقل بحيازته . وهى مقرنة بحسن النية وبالسبب الصحيح فيتملك بالتقدم القصير إذا بقي حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه في الفرض المتقدم يفضل أن يضم حيازة سلفه سيء النية إلى حيازته هو ولو أنه حسن النية . فيتملك بالتقدم الطويل بدلاً من التقدم القصير . ذلك أنه في حالة ما إذا ضم مدة حيازة سلفه وهى اثنتا عشرة سنة ، لا يحتاج إلا إلى حيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ ص ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفياً لشرائط مدة خمسة عشر عاماً ، يسعوى أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن الخمسة عشر عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر في مستندات ملكيتهم . ولا يهم لذلك أن تكون عقود الملكية مسجلة أو غير مسجلة ، رسمية أو غير رسمية ، كما لا يهم أن تقدم تلك العقود إلى المحكمة أو ألا تقدم لسبب أو لآخر (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٢ ص ١٤٨٧) .

(٣) ديرانتون ٢١ فقرة ٢٤١ - أوبرى درو ٢ فقرة ١٨١ هامش ١١ و فقرة ٢٤٨ هامش ٢٧ - بفتوار ص ٢٨٢ و ص ٢٤٢ - جيوار فقرة ٥٨٢ - بودرى وتيسيه فقرة

يستكمل بها مدة التقادم الطويل . أما في حالة ما إذا أراد التملك بالتقادم القصير ، فإنه لا يستطيع أن يضم مدة حيازة سلفه سبب النية إلى مدة جيازته وهو حسن النية . فلا بد إذن من إسقاط مدة حيازة سلفه والتحويل على جيازته وحدها ، فيحتاج إلى حيازة تدوم خمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات : للتملك بالتقادم القصير . وإذا فرضنا العكس وكان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة ثلاث سنوات فقط ، ثم نقل جيازته إلى خلف خاص سبب النية يعلم أن العقار ليس مملوكا لسلفه ، فإن الخلف الخاص لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سبب النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل ، فإذا هو حازه مدة اثني عشرة سنة ، استطاع أن يضم إليها مدة حيازة سلفه حسن النية وهي ثلاث سنوات ، فيستكمل بها مدة التقادم الطويل (١) .

والخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وجيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعا لمصلحته . فقد تكون له مصلحة في أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها ، ويسقط جيازته هو من الحساب . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان الخلف سبب النية . فإذا كانت مدة حيازة السلف المقرنة بحسن النية بلغت خمس سنوات ، وبلغت مدة حيازة الخلف الخاص المقرنة بسوء النية مدة خمس سنوات أخرى ، فإن من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها وأن يسقط جيازته هو . وذلك لأن حيازة سلفه بلغت خمس سنوات وهي مقرنة بحسن النية والسبب الصحيح ، وهذا كاف لتمكن العقار بالتقادم القصير . فلا يكون الخلف الخاص في حاجة إلى التمسك إلا بحيازة السلف هذه ، فتخلص له ملكية العقار نقلا عن سلفه كما خلصت له جيازته . أما إذا أراد أن يتمسك بمدة جيازته المقرنة بسوء النية ، فهو لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة سلفه وهي خمس سنوات إلى مدة جيازته وهي خمس سنوات أخرى ، لنقصه خمس سنوات ثالثة حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن من مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ألا يتمسك

بجيازته هو ، وأن يقتصر على التمسك بجائزة سلفه وحدها (١) ، وقد تكون له مصلحة على العكس من ذلك في أن يتمسك بجيازته هو وحدها ، وأن يسقط جيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف سيّ النية ، وحاز العقار لمدة ثلاث سنوات ، ثم نقل جيازته بسبب صحيح إلى خلف خاص حسن النية بقي حائراً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع الخلف الخاص أن يملك العقار بالتقادم القصير ، إذ أنه قد حازه خمس سنوات ولديه السبب الصحيح وحسن النية . ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بجيازته هو دون جيازة سلفه . أما إذا أراد ضم جيازة سلفه سيّ النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل . ولما كانت مدة جيازة سلفه ثلاث سنوات ومدة جيازته هو خمس سنوات ، فإنه بذلك ينقصه سبع سنوات أخرى حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ، بخلاف المثل السابق ، هي في أن يتمسك بجيازته هو وحدها وأن يسقط جيازة سلفه . ولو أن السلف سيّ النية كانت مدة جيازته اثني عشرة سنة ، بدلا من ثلاث ، وكانت مدة جيازة الخلف الخاص ثلاث سنوات أخرى ، بدلا من خمس ، لكان من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بجيازة السلف سيّ النية فيضمها إلى مدة جيازته ، ويستكمل بها خمس عشرة سنة ، ويتمسك بالتقادم الطويل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٢ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٨٩٤-٨٩٥- وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٢ ص ٢٧٤-وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لما قدمناه، وأوجزته في العبارات الآتية: «وقد يكون من تنتقل إليه الجائزة خلفاً خاصاً ، كثر من الحائز تنتقل إليه جيازة المبيع ، والمشتري في هذه الحالة أن يضم إلى مدة جيازته مدة جيازة البائع . فإن كانا حتى النية معاً أو سيّ النية معاً ، كذا ضم المدد على أساس أن الجائزة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال. وإن كان البائع سيّ النية والمشتري حسن النية ، فالضم يجوز على أسوأ الفرضين أي على أساس سوء النية ، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثني عشرة سنة والمشتري مدة ثلاث سنوات . فلا يستطيع المشتري التمسك بالتقادم القصير ، إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التي حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات . ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل ، إذ يجوز له أن يعتبر جيازته كما لو كانت جيازة بسوء نية ، فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣) .

§ ٢- زوال الحيازة

(Perte de la possession)

٣٠٨- مصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٦ مدني على ما يأتي :

ترول الحيازة إذا تحلى الحائر عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى .

وتنص المادة ٩٥٧ مدني على ما يأتي :

١- لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقفي .

٢- ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائر أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً ، أو من وقت علم الحائر الأول بها إذا بدأت خفية (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٠ - ٩٦١ - وفي التقنين المدني الوافي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : «إذا فقد الحائر الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبق الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣١ في المشروع النهائى ، بعد حذف الفقرة الثانية « لأنها تطبق للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥) .

م ٩٥٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ في المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٩ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ (مطابق) .

ونخلص من هذه النصوص أن الحيابة تزول بزوال عنصرها المادى ، وهو السيطرة الفعلية على الحق الذى يستعمله الحائز . ثم إن الحيابة تزول أيضاً بزوال عنصرها المعنوى ، وهو قصد الحائز أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، إذ أن الحيابة متى فقدت أحد عنصرىها ، المادى أو المعنوى ، تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول . ومن باب أولى تزول الحيابة إذا فقدت العنصرين معاً ، العنصر المادى والعنصر المعنوى (١) . ويلاحظ أن انتقال الحيابة إلى خلف خاص ينطوى على معنى زوال حيابة السلف ، فقد قلنا أن الحيابة إذا انتقلت إلى خلف خاص تكون حيابة جديدة مستقلة عن حيابة السلف ، ومعنى ذلك أن حيابة السلف قد زالت وبدأت حيابة جديدة هي حيابة الخلف الخاص . وهذا بخلاف انتقال الحيابة إلى الخلف العام ، فإن حيابة الخلف العام ليست حيابة جديدة ، بل هي استمرار لحيابة السلف (٢) .

فنبحث إذن ، فى زوال الحيابة ، المسائل الآتية : (١) زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى . (٢) زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى وحده . (٣) زوال الحيابة بفقد عنصرها المعنوى وحده .

٣٠٩ - زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى : تزول الحيابة

بداهة إذا فقد الحائز عنصرىها المادى والمعنوى معاً ، فقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه . ويتحقق ذلك فى أحد فرضين :

(الفرض الأول) بإرادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص فى الحيابة . فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينتقل له حيابة الحق الذى يستعمله ، وتنقل الحيابة فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق . فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه ،

— التقنين الملىم الملىم ٩٦٠ م - ٩٦١ (مطابق) .

التقنين الملىم الملىم لا مقابل .

قانون الملكية المقارية البنانى لا مقابل .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « يفقد الحائز الحيابة إذا فقد عنصرىها المادى والمعنوى ، أو فقد أحد العنصرين دون الآخر ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٨٩٠ .

فقد الحيازة بفقد عنصرها . وبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، فان هذه الحيازة السابقة قد زالت بفقد عنصرها كما تقدم القول . و قد سبق الكلام في هذا في أحكام انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص ، فنحيل إلى مآله في ذلك (١) .

(الفرض الثاني) بإرادة الحائر وحده . فيتخلى الحائر عن حيازة الشيء وهذا التخلي (abandon) هو تخل من الحائر عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه ، أى نزول عن العنصرين المادى والمعنوى . فاذا كان الشيء عقارا ، زالت الحيازة دون أن تزول الملكية . وإذا كان الشيء منقولا ، زالت الحيازة والملكية معا متى كان قصد الحائر من التخلي عن الحيازة هو التخلي عن الملكية . وتنص المادة ٨٧١ / ١ مدنى في هذا المعنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد التزول عن ملكيته » . فاذا ألقي شخص في الطريق أو في سلة المهملات لتلقى في الطريق منقولا لم يعد ذا نفع له ، أو حفر خندقا في أرضه أو ظهر ترعة أو مصرفا فالتى بالطين والأتربة التى تستخرج من باطن الأرض على قارعة الطريق . أو ألقي بمخلفات منزله في صناديق القمامة ، فان هذه المنقولات تسمى بالمنقولات المتروكة (res derelictae) ، وتصبح سائبة لا مالك لها ، بعد أن تخلى المالك عن حيازتها بقصد التزول عن ملكيتها (٢) .

٣١٠ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وحده : وقد يفقد الحائر

السيطرة المادية على الحق الذى يستعمله ، فيفقد حيازته ، ولو استبقى العنصر المعنوى وهو قصد استعمال الحق ، فان قصد استعمال الحق لا يجديه شيئا إذا هو فقد استعماله فعلا أى فقد السيطرة عليه (٣) . ويفقد الحائر السيطرة المادية على الحق إذا اغتصب الغير منه الشيء محل الحق عقارا كان أو منقولا ، أو سرقة منه أو ضاع إذا كان منقولا . مثل ذلك أن يغتصب الغير من الحائر الأرض التى فى حيازته ، أو يسرق متاعا له ، أو يضع من الحائر مجوهرات يملكها

(١) انظر آتفا فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢٠٧

(٢) انظر آتفا فقرة ١٠ - بودوى وتيسيه فقرة ٢٢٢ - بلانيول وريير

ويكاز ٣ فقرة ١٥٠ .

(٣) أوبرى وزو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ .

أو يتسرب حيوان كان في حيازته . ففي هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقده السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوي واحتفظ بالقصد ، فان عنصرا من عنصري الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة^(١) . وتقول المادة ٩٥٦ مدني ، كما رأينا^(٢) ، في هذا المعنى : « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى » . ويلاحظ أن تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية يتضمن تخليه أيضا عن عنصر القصد ، فتزول الحيازة بفقد عنصريها المادي والمعنوي معا . ولكن في غير التخلي ، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية أي العنصر المادي وحده ، فانه يفقد الحيازة بفقده أحد عنصريها . ففي حالة اغتصاب الأرض يكون الحائز هو المعتصب ، وهو يتبدى حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصريها المادي^(٣) . والحائز ، في حالة السرقة ، هو اللص ، وهو أيضا يتبدى حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصريها المادي . أما إذا ضاع الشيء أو تسرب الحيوان ، دون أن يعثر عليه أحد فيحوزه ، فان حيازته تزول أيضا بفقد عنصريها المادي . ولكن الشيء الضائع أو الحيوان المتسرب لا يكون في حيازة أحد ، وإن بقي في ملكية الحائز السابق وبقي هذا محتفظا بعنصر القصد . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٥٦ مدني يتضمن فقرة ثانية تقرر حكما غير هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ، ما دام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود »^(٤) وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأنها تطبق للقواعد العامة »^(٥) ، والصحيح أن حكم هذه الفقرة المخنوقة يخالف القواعد العامة ، فان الحيازة متى فقدت عنصريها المادي تزول ولو استبقى الحائز عنصر القصد وهو العنصر

(١) بودري وتيسيه فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧ .

(٥) أنظر آنفاً ص ٨٩٧ هامش ١ .

المعنى . وقد كان المقصود بإيراد هذه الفقرة في المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة ، لا تطبيقاً لها . أما وقد حذفت ، فلم يعد بعد مجال لهذا الاستثناء . ويجب اعتبار من أضاع شيئاً أنه فقد حيازته : وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته (animo solo) ، ولو لم يفقد الأمل في العثور على المفقود (١) .

والاستثناء من القاعدة التى تقضى بزوال الحيازة بفقد عنصرها المادى هو ما أوردته الفقرة الأولى من المادة ٩٥٧ مدنى ، إذ تقول كما رأينا (٢) : « لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقى » . والمفروض هنا أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة ، وأنه مانع وقى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقوتة ولا يلبث أن ينحسر فتعود الحائز الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة في هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية فقدما موقتا بقوة قاهرة ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى في أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها . أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير موقوتة ، فإن الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها ، ومن ثم يفقد الحيازة (٣) .

(١) عبد المنعم فرج الصلة ٣٦٨ ص ٥٦٢ هامش ١ - وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨ - محمد على عرقة ٢ فقرة ٧٧ ص ١٣١ - ١٣٢ وقرة ٨٦ ص ١٥٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٥ ص ٣٩٣ - أما إذا وضع شخص شيئاً في منزله أو في مكان ، ثم نسي أين وضعه ، فإنه لا يفقد حيازته ولا يعتبر أنه فقد السيطرة المادية عليه بمجرد نسيان المكان الذى وضع فيه ، ذلك أن الشيء لا يزال في حوزته ، وإذا تذكر مكانه بعد ذلك وأخذه ، فإن حيازته له تعتبر غير منقطعة (بودى وتيسيه فقرة ٢٣٦) .

وفي فرنسا يميز القضاء بين المنقول والعقار . ففى المنقول تجرى القواعد العامة ، ويفقد الحائز الحيازة إذا فقد العنصر المادى وحده . أما فى العقار ، فيجوز أن يستبقى الحائز الحيازة بمحض نيته (animo solo) ، ولو فقد العنصر المادى . ويشترط لذلك ألا يكون شخص آخر قد استول على العقار وحازَه لمدة لا تقل عن ستة (نقص فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥) . وانظر مازو فقرة ١٤٧٢ - مارتى ورينو فقرة ١٨ - كاربونيه ص ١٣١ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Possession فقرة ٢٧ - وقرب عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٦٨ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) ديمولوسب ١٠ فقرة ١٧٤ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بودى

وتيسيه فقرة ٢٣٤ .

وإذا كان الشيء عقارا واغتصبت حيازته بعلم الخائر أو دون علمه ،
 فالأصل كما قلنا أن يفقد الخائر للعقار السيطرة المادية عليه فيفقد الحيازة .
 ولكنه مع ذلك يجوز أن يسترد حيازة العقار بدعوى استرداد الحيازة طبقا
 لقواعدها التي سيأتي بيانها ، ومن هذه القواعد أن يرفع دعوى الاسترداد في
 خلال سنة من وقت حيازة المقتصب الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت
 علم الخائر بالحيازة الجديدة إذا بدأت خفية . فإن استرد الخائر حيازته على هذا
 الوجه ، إعتبر مستبقيا للحيازة بأثر رجعي حتى في أثناء المدة التي اغتصبت فيها
 منه الحيازة . أما إذا لم يستردها في خلال السنة ، فإن الحيازة تؤول من وقت
 أن اغتصبها المقتصب ، وذلك بسبب فقد عنصر السيطرة المادية . وتقول الفقرة
 الثانية من المادة ٩٥٧ مدني كما رأينا (١) في هذا المعنى : « ولكن الحيازة تنقضي
 إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم
 لإرادة الخائر أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه
 الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الخائر الأول بها إذا بدأت
 خفية (٢) » .

وتؤول الحيازة أيضا بفقد عنصرها المادي وهو عنصر السيطرة المادية ،
 إذا هلك الشيء ، أو إذا دخل في الأملاك العامة (الدومين العام) (٣) .

٣١١ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوي وعمره : وتؤول الحيازة
 أخيرا بفقد عنصرها المعنوي وحده ، مع بقاء عنصرها المادي وهو السيطرة
 الفعلية . ويتحقق ذلك فيما إذا كان فقد الخائر عنصر القصد في أن يحوز الشيء
 لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر المعنوي للحيازة ، مع استبقائه السيطرة المادية
 على الشيء فيستبقى العنصر المادي ، وإن كان يستبقيه نيابة عن انتقل إليه

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « كذلك إذا انتقل العنصر المادي
 لشخص آخر ، ولكن انتقاله كان خلسة أو بالإكراه ، فإن الخائر لا يفقد الحيازة إلا إذا
 مضت سنة كاملة من الوقت الذي علم فيه بانتقال العنصر المادي (مجموعة الأعمال التحضيرية
 ٦ ص ٤٦٧) . وانظر أوبري ودرود ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ - ص ١١٧ .

(٣) أوبري ودرود ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠

لشيء . وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص شيئاً ، واتفق مع المشتري على أن يستبقه عنده لحساب المشتري (*constitut possessoire*) . فهنا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشتري ، وقد العنصر المعنوي فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشتري . وعلى ذلك يفقد الحيازة الأصلية لأنه قد عنصرها المعنوي ، وتقلب حيازته إلى حيازة عرضية (١) .

للبحث الثاني

حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية

المطلب الاول

حماية الحيازة في ذاتها

(دعاوى الحيازة الثلاث)*

٣١٢ - **مصادم دعاوى الحيازة** : لدعاوى الحيازة خصائص تتميز بها ، فهي : (أولا) دعاوى تحمي الحيازة في ذاتها . (ثانيا) دعاوى تحمي حيازة العقار دون حيازة المتقول . (ثالثا) دعاوى تحمل طابع الاستعجال فتدخل في اختصاص القاضي الجزئي .

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

• مراجع : *Arclambault et Senly* في القاموس العمل لدعاوى الحيازة وإقامة الحدود جزآن سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ - *Bagenet* في دعاوى الحيازة وصلتها بالقانون المدني طبقاً لقضاء محكمة النقض سنة ١٩٢٣ - *Raviart* في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود الطيبة الخامسة سنة ١٩٢٩ - *Laplatte* في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود سنة ١٩٤١ .

رسائل : *Bourcart* في دعاوى الحيازة باريس سنة ١٨٨٠ - *Birague d'apremont* في دعوى منع التعرض باريس سنة ١٩٠٢ - *Lecourt* في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة *Caen* سنة ١٩٢١ - *arc* في حماية الحيازة في حقوق الارتفاق سنة ١٩٣٤ - *Gilles* في دعوى استرداد الحيازة سنة ١٩٣٦ - *Steinber* في التعرض القائم على تصرف قانوني في دعاوى الحيازة ستراسبورج سنة ١٩٣٨ - *Durif* في حماية الحيازة في العقار ستراسبورج سنة ١٩٤٢ - *Lafage* في دعوى منع التعرض في حقوق الارتفاق غير المستمرة وفي حقوق الاستعمال في الربف بواتيه سنة ١٩٤٢ .

٣١٣- (أولاً) دعاوى الحيازة نسمى الحيازة في ذلتها : فهد

الدعاوى إنما جعلت لحماية الحيازة في ذاتها، دون نظر إلى ما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أولاً يملكه . فالحائز لأرض ، أى الحائز لحق الملكية في هذه الأرض ، نحميه دعاوى الحيازة . ولا يطلب منه ، في مباشرة هذه الدعاوى ، إلا أن يثبت حيازته للأرض بالشروط الواجب توافرها في الحيازة على الوجه الذى سبق أن بسطنا . فلا يطلب منه أن يثبت أنه مالك للأرض ، فالملكية تكون محلاً لدعوى الاستحقاق ، وهى دعوى ملكية لا دعوى حيازة تتميز ، على خلاف دعوى الحيازة ، بإجراءات طويلة معقدة ، وبطرق إثبات تزيد كثيراً في الصعوبة والعسر على طرق إثبات الحيازة . وسواء كان الحائز للأرض مالكا لها أو غير مالك ، فإنه متى أثبت حيازته للأرض كان له أن يحمي حيازته هذه بدعاوى الحيازة فيستطيع أن يسترد حيازته ، إذا كانت قد انتزعت منه عنوة أو خلسة ، بدعوى استرداد الحيازة . وإذا لم تنتزع منه الحيازة ، ولكنها تعرضت للاعتداء أو التهديد ، فإنه يستطيع أن يدفع عنها الاعتداء أو التهديد بدعوى منع التعرض . وإذا لم تتعرض حيازته للاعتداء أو التهديد ، ولكنها توشك أن تتعرض لذلك من جراء أعمال بدىء بها ولما تم ، فإنه يستطيع أن يطلب وقف هذه الأعمال بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

وما قلناه في حق الملكية يقال في الحقوق الأخرى التى تكون محلاً للحيازة . فدعاوى الحيازة تسمى حائز حق الانتفاع أو حائز حق الارتفاق أو حائز حق رهن الحيازة أو حائز حق المستأجر . فلا يطلب من الحائز لأحد هذه الحقوق إلا أن يثبت حيازته لهذا الحق ، فتحمي حيازته دون أن يطلب منه أن يثبت أنه صاحب هذا الحق فعلاً . ومن ثم يستطيع أن يسترد حيازته للحق بدعوى استرداد الحيازة ، وأن يرفع عنها الاعتداء والتهديد بدعوى منع التعرض ، وأن يطلب وقف الأعمال الجديدة التى توشك أن تهدد حيازته بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

٣١٤- (ثانياً) دعاوى الحيازة نسمى حيازة العقار دون حيازة المنقول :

ودعاوى الحيازة لا تسمى حيازة المنقول ، فالمنقول ليس له كالعقار مستقر ثابت يتميز به . تتميز الحيازة عن الملكية في شأنه . فبد الحائز للمنقول تحتل يد

المالك ، ومن ثم اختلطت الحيازة في المنقول بالملكية ، وحث دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً ، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقتضت بحسن النية هي نفسها سند الملكية . هذا إلى أن دعاوى الحيازة قد نشأت كما سئرى في القانون الفرنسي القديم ، حيث كان المنقول على خلاف العقار غير ذي خطر ، فلم يستأهل أن تكون حمايته في حيازته مستقلة عن حمايته في ملكيته (*mobilierum possessio vitis*) (١) .

وكما لا يحمى المنقول بدعاوى الحيازة ، كذلك لا يحمى المجموع من المال (*universalité*) كالتركة . فالخاتر لمجموع من المال كالوارث إنما يحمى في حيازته لعقار معين من هذا المجموع ، ولا يحمى في حيازته لمجموع المال ذاته إذ المجموع من المال لا يقبل الحيازة (٢) .

ودعاوى الحيازة إنما تحمي حيازة العقار المعين بالذات ، وحماية جميع الحقوق العينية التي تقع على العقار مما يكون قابلاً للحيازة . وعلى ذلك تحمي هذه الدعاوى : (١) حيازة العقار ، أى حيازة حق الملكية في العقار ، إذا كان العقار قابلاً للحيازة . فإذا كان العقار داخلاً في الدومين العام ، فإنه لا يكون في الأصل قابلاً للحيازة ، وكان ينبغي ألا يكون هناك مجال في شأنه لدعاوى الحيازة (٣) . ولكن القضاء في فرنسا جرى على حماية الشخص العام ، في حيازته للعقار الداخل في الدومين العام ، ضد أعمال التعرض والاعتصاب الصادر من

(١) أوبرى ورو ٢ ققرة ١٨٥ ص ١٧٥ وهامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ١٨٤ - على أن هناك استثناء نرى فيه حيازة المنقول تحمي دعاوى الحيازة وهذه حيازة حق المستأجر . فعق المستأجر ، ولو كانت العين المؤجرة عقاراً ، يعتبر منقولاً (الوسيط ٨ ققرة ١٠٨ ص ٢٠١) . ومع ذلك فهناك نص صريح يقضى بجواز أن يحمى المستأجر في حيازته لحقه ، إذا كانت العين المؤجرة عقاراً طبعاً ، بدعاوى الحيازة ، إذ تنص المادة ١ / ٥٧٥ مدق على أنه ولا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي مادام التعرض لا يمس حقاً ، ولكن هذا لا يخلو للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على التعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد .

(٢) أوبرى ورو ٢ ققرة ١٨٥ ص ١٧٥ هامش ٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ١٨٤ ص ١٩٣ .

(٣) استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٨ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ ٩ ص ٢٣٥ .

الغير . بل إنه يحى كل من حصل من الأفراد على ترخيص في الانتفاع بالعقار الداخلى فى الدومين العام ، فى حيازته لهذا العقار ، بجميع دعاوى الحيازة ضد الغير (١) ، فيما عدا الجهة الإدارية الى منحه الترخيص . أما حيازة العقار المملوك للشخص العام ملكية خاصة فتحى بداهة بجميع دعاوى الحيازة ، شأنها فى ذلك شأن أى عقار مملوك للأفراد (٢) . (٣) حيازة حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، إذا تعلقت هذه الحقوق بعقار . (٤) حيازة حقوق الارتفاق ، فى الحدود التى تقبل فيها هذه الحقوق الحيازة ، أى حقوق الارتفاق الظاهرة (م ١٠١٦ / ٢ مدنى) (٥) . (٦) حيازة حق الحكر . (٧) حيازة حق رهن الحيازة إذا تعلق بعقار (٨)

٣١٥ - ثالثا دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال فتدخل فى

اختصاص القضى الجزئى : ودعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال ، إذ هى لا تتعرض للملكية كما قلنا بل تقتصر على مجرد حماية الحيازة فى ذاتها . فاجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية ، وهى قريبة الشبه بالدعاوى المستعجلة التى لا يجوز التعرض فيها للموضوع . ولذلك تدخل دعاوى الحيازة ، كالدعاوى المستعجلة ، فى اختصاص القاضى الجزئى أيا كانت قيمة العقار ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب هذا القضاء . وتنص المادة ٤٧ مرافعات

(١) لوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٨ - وانظر بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٨٦ . ونحى دعاوى الحيازة أيضاً حيازة المنشآت القائمة فى الأرض ، بناء كانت لو غراماً ، إذا كانت ملكية هذه المنشآت مستقلة عن ملكية الأرض ، إذ تعتبر فى هذه الحالة عقاراً مستقلاً من الأرض ، ونحى حيازتها كما نحى حيازة الأرض نفسها (لوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٨) .

(٣) ويلحق بحقوق الارتفاق ، فيحى بدعاوى الحيازة ، القيود الواردة على الملكية ، وهى القيود المتعلقة بالرى والصرف من شرب ومجرى ومسل ، وحق المرور ، والمطلات . فإذا حصل الجار فى الحدود التى رسمها القانون على حق الشرب من ماء جاره ، أو حق المرور فى أرض جاره ، أو فتح مطلا على عقار جاره ، فإنه يستطيع أن يحى حيازته بجميع دعاوى الحيازة . (٤) ويجوز حماية حق المستأجر بدعاوى الحيازة ، ولو أن هذا الحق حق شخصى ، شرط أن يكون مطلقاً بعقار .

في هذا الصدد على أن « تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتداءً في :
 (١) دعاوى الحيازة . (ب) طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدي عليها
 إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة » (١) . هذا من ناحية الاختصاص النوعي ،
 ومن ناحية الاختصاص المحلي تختص بنظر دعاوى الحيازة المحكمة الجزئية الواقع
 في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقفاً في دوائر محاكم متعددة
 (م ١ / ٥٦ مرافعات) . وتستأنف الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية في
 دعاوى الحيازة ، ولو لم ترد قيمة العقار على النصاب النهائي للقاضي الجزئي ،
 أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية التي أصدرت هذه الأحكام .

ويعتبر اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة (الاختصاص
 النوعي) من النظام العام . فإذا رفعت دعوى الحيازة إلى غير القضاء الجزئي ،
 جاز لكل خصم أن يدفع بعدم الاختصاص في أية حالة كانت عليها الدعوى ،
 ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، بل ولأول مرة أمام محكمة النقض ،
 ويجوز للمحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . أما الاختصاص
 المحلي فلا يعتبر من النظام العام ، ويجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي

(١) ولم يورد المشروع الجديد لتقنين المرافعات مقابلاً للمادة ٤٧ مرافعات ، مع أنه
 مرض لدعاوى الحيازة في المادة ٤٤ منه دون أن يجعل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الجزئي .
 وبالرغم من أنه لم يرد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع شيء يبين الملة التي من أجلها لم
 ينص المشروع على اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة ، إلا أنه يبدو أن عدم إيراد
 نص في هذا المقام متعمد . وذلك معناه أن الاختصاص بنظر دعاوى الحيازة تتبع في شأنه القواعد
 العامة في الاختصاص النوعي الواردة في المشروع الجديد ، فيختص القضاء الجزئي بنظر هذه
 الدعاوى إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز خمسمائة جنيه ، ويكون حكمه انتهاياً إذا لم تتجاوز
 قيمة العقار مائة وخمسين جنيهاً ، فإن زادت القيمة على هذا المقدار جاز استئناف الحكم أمام
 المحكمة الابتدائية وعندئذ لا يكون الحكم النهائي الصادر من المحكمة الابتدائية قابلاً للطعن فيه بالنقض .
 وإذا زادت قيمة العقار على خمسمائة جنيه كانت المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعاوى
 الحيازة ، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف وعندئذ تكون الأحكام النهائية الصادرة
 من محكمة الاستئناف قابلة للطعن فيها بالنقض . ولعل هذا هو السبب الذي دعا واضع المشروع
 الجديد لتقنين المرافعات إلى الانحراف عن التقاليد المستقرة في جعل دعاوى الحيازة من اختصاص
 القضاء الجزئي ، إذ يبدو أنهم أرادوا أن يفتحوا باب النقض لهذه الدعاوى عن طريق الطعن
 في الأحكام النهائية التي تصدر فيها من محاكم الاستئناف .

قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصا محليا بنظر دعوى الحيازة .

ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تمخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ، وكذلك لا يجوز الحكم فى دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه (م ٤٨ / ٢ و ٣ مرافعات وسيأتى بيانها) .

ويختص القضاء الجزئى كما رأينا (م ٤٧ ب مرافعات) بالنظر فى طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة ، أيا كان مقدار التعويض المطلوب ولو جاوز نصاب القاضى الجزئى . ويكون حكمه فى ذلك قابلا للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم ، ولولم يزد مقدار التعويض المطلوب على النصاب النهائى للقاضى الجزئى . ويختص القضاء الجزئى كذلك بالنظر فى طلب الحكم بالغرامة التهديدية (astreintes) (١) .

٣١٦ - المصل التاريخى لدعوى الحيازة : يبدو أن دعوى الحيازة لا تمت بأصلها إلى القانون الرومانى ، إذ ليست لها صلة بما كان يسمى عند الرومان (interdicts) وإن حاول البعض دون جدوى إرجاع أصلها إلى ذلك (٢) .

والظاهر أن أصل هذه الدعاوى يرجع إلى القانون الكنسى (droit canonique) ، وقد ظهرت فى العصور الوسطى فى صورة دعاوى ثلاث : دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

وأقدم هذه الدعاوى دعوى استرداد الحيازة ، وقد ورد ذكرها فى نصوص القانون الكنسى ، واستخلص منها فقهاء هذا القانون دعوى

(١) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - وانظر فى ذلك بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ١٨٧ .

(٢) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٩٣ هامش ٥ .

(actiospolii) ودفعاً (exceptio spoli) لحماية من انتزعت منه الحيازة بالإكراه . وتلت هذه الدعوى دعوى منع التعرض ، وقد ظهرت في القرن الثالث عشر في العادات القديمة (coutumes de Beauvoisis de Baumanoir) لحماية من يقع له تعرض في حيازة تدوم سنة كاملة . ثم ظهرت دعوى وقف الأعمال الجديدة ، وقد صيغت على غرار دعوى رومانية (nuncatio novi operis) لحماية حائر العقار من أعمال جديدة يقوم بها جاره وتوشك أن تهدد حيازته . وقد أدمجت دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ، منذ القرن الرابع العاشر في دعوى واحدة (complainte en cas de saisine et de nouvelleté) . ولكن القانون الفرنسي الحديث رجع إلى التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث . فذكر التقنين المدني الفرنسي دعوى استرداد الحيازة في المادة ٢٠٦٠ (ثانياً) منه في خصوص الإكراه المدني ، وقد ألغى هذا النص مع النصوص الأخرى المتعلقة بالإكراه المدني بقانون ٢٢ يولييه سنة ١٨٦٧ . وقضى تقنين المرافعات الفرنسي باختصاص قاضي الصلح في نظر دعاوى الحيازة ، ونصت المادة ٢٣ مرافعات فرنسي على أن « دعاوى الحيازة لا تقبل إلا إذا رفعت في خلال سنة من وقت التعرض لمن بقيت حيازتهم ، بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم ، منذ سنة على الأقل ، حيازة هادئة وبصفة غير عرضية » . ثم ذكرت دعاوى الحيازة الثلاث في المادة ١ / ٦ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ ، ثم في المادة ٢ / ٧ من قانون ١٢ يولييه سنة ١٩٠٥ الذي ألغى قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وحل محله (١) .

٣١٧ - التمييز بين دعاوى الحيازة الثموت ومطالبتها في التشريع المصري : وقد ميز التقنين المدني المصري الجديد بين دعاوى الحيازة الثلاث تمييزاً واضحاً ، وخصها بنصوص (م ٩٥٨ - ٩٦٢ مدني) وردت بين النصوص المتعلقة بالحيازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين دعوى استرداد الحيازة من جهة وبين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة من جهة أخرى . ففي حين

(١) أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ وقرة ١٨٩ ص ٢٣٩
 هامش ٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٨٥ وقرة ٢٠٦ ص ٢١٣ - أنيكلو يدي
 دالوز ١ لفظ actcon possessoire فقرة ٤ - فقرة ١٠

أن الدعويين الأخيرتين تحميان الحيازة بعد أن تستقر وبعد أن تلوم سنة على الأقل ويراد بهما دفع التعرض عن هذه الحيازة المستقرة ، إذا بدعوى الاسترداد تعطى كما سنرى لكل حائر ، ولو كان حائرا عرضيا ، ولو لم تدم حيازته . سنة واحدة ، بل ولو لم تستمر حيازته غير يوم واحد أو أقل ، ما دامت هذه الحيازة قد انتزعت منه عنوة أو كان قد فقدتها خفية . ثم إن دعوى منع التعرض تتميز عن دعوى وقف الأعمال الجديدة في أن الدعوى الأولى تدفع عن الحيازة اعتداء قد وقع فعلا ، في حين أن دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمي الحيازة ، لا من اعتداء قد وقع فعلا ، بل من اعتداء يوشك أن يقع وهو سيقع حتما لو تمت الأعمال التي يبدىء بها .

وكثير من التشريعات ، كالقانون الفرنسي والقانون المصري السابق ، يكتفي بالإشارة إلى دعاوى الحيازة في نصوص تقنين المرافعات وفي نصوص تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى . أما التقنين المدني المصري الجديد فقد هيى بدعاوى الحيازة ، ووضعها في مكانها الصحيح بين نصوصه المتعلقة بالحيازة ، تحت عنوان « حماية الحيازة — دعاوى الحيازة الثلاث » . وبدأ بدعوى استرداد الحيازة فأفرد لها المواد ٩٥٨ — ٩٦٠ مدني ، وأعقبها بدعوى منع التعرض فأفرد لها المادة ٩٦١ مدني ، ولانتهى إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة فأفرد لها المادة ٩٦٢ مدني . ونستعرض الآن هذه الدعاوى الثلاث على التتابع .

§ ١ — دعوى استرداد الحيازة

(La réintégration)

٣١٨ — نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٨ مدني على ما يأتي :

« ١ — لحائر العقار ، إذا فقد الحيازة ، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدانها ردها إليه . فإذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك ،

« ٢ — ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائرا بالنيابة عن غيره . وتنص المادة ٩٥٩ مدني على ما يأتي :

١ - إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انتقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالترتيب . والحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني . فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ .

٢ - أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدي .

وتنص المادة ٩٦٠ على ما يأتي :

« للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المقتصب منه ، ولو كان هذا الآخر حسن النية (١) . ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٣ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٠ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٩ - ص ٤٧١) .

م ٩٥٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - غير أنه إذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انتقضت على حيازته سنة وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل . ٢ - والحيازة الأفضل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني ، فإذا لم يكن لدى الحائز سند أو تعادلت سندات الحائزين كانت الحيازة الأفضل هي الحيازة الأسبق في التاريخ . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٤ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣١ ، بعد تعديله تعديلاً بسيطاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٢ - ص ٤٧٤) .

م ٩٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٥) .

(٢) ولكن أنظر م ٢٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : « ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتية بيانها ويكون حكمه انتهاياً : ... (ثانياً) الدعاوى المتعلقة بالمتنازع في وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ - وفي التقنين المدني
العراقي م ١١٥٠ - ١١٥٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

"تقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ (مطابق) .

تقنين المدني العراقي م ١١٥٠ : ١ - لحائز العقار ، إذا انتزعت منه الحيازة ،
أن يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردّها إليه . فإذا كان انتزاع الحيازة
خفية ، بها سرّيان المدة من وقت أن ينكشف ذلك . ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان
حائزاً بالنيابة من غيره ١ - وإذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته
سنة من وقت انتزاعها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل .
والحيازة الفضل هي التي تقوم على سند قانوني . وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً ،
ففضل صاحب السند الأقدم تاريخاً سواء تلقياً العقار من شخص واحد أو من أشخاص مختلفة ،
وإذا كان أحدهما تلقى العقار من الآخر فضل صاحب السند المتأخر تاريخاً . وإذا تعادلت
السندات أو لم يكن لدى أي منهما سند ، فضل من كان أسبق في الحيازة . فإذا استويا في ذلك ،
حكم لهما بالاشتراك في الحيازة ٣ - وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية
بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة
يده ، والحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته .

م ١١٥١ : إذا أقام الحائز دعوى وضع اليد لاسترداد حيازته ، فله أن يطلب منع
المدعي عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار في العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى ، بشرط
أن يقدم تأييدات كافية لضمان ما قد يصيب المدعي عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعي غير
محق في دعواه .

م ١١٥٢ : ١ - إذا كان المدعي عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً في العقار المتنازع
فيه قبل أن يمنع من ذلك ، فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار في حيازته حتى يفصل
في دعوى الملكية ، بشرط أن يقدم تأييدات كافية لضمان ما قد يصيب المدعي من الضرر إذا
لم يثبت المدعي عليه ملكيته ، وبشرط أن يرفع دعوى الملكية في خلال شهر واحد من تاريخ
تقديمه هذه التأييدات . فإذا لم يقدم التأييدات المذكورة ، أو تأخر في رفع دعوى الملكية
عن الميعاد المذكور ، سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعي إذا هو قدم التأييدات
الكافية ، وإلا سلم إلى عدل ٢ - وإذا كان البتة أو الغراس واقعاً في قسم من العقار
المتنازع فيه ، فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم ، وتعاد يد المدعي على الباقي من العقار .

م ١١٥٣ : ١ - إذا كان المدعي عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع
يده ، أمر بمحصد للزرع وتسليم العقار خالياً للمدعي ٢ - وإذا كان البذر لم ينبت ،
ظل المدعي الخيار إن شاء أحصى مثل البذر أو قيمته وتملكه ، وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول -

ويخلص من هذه النصوص ما يأتي : (١) المدعى في دعوى استرداد الحيازة هو الحائر للعقار ، ولو كان حائراً عرصياً بالنيابة عن غيره . (٢) المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو من انتزع الحيازة من الحائر ، وكذلك خلفه ولو كان حسن النية . (٣) المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة هي ستة من وقت فقد الحيازة أو من وقت العلم بفقدانها . (٤) ما يحكم به القاضي في دعوى استرداد الحيازة يختلف باختلاف ما إذا كانت الحيازة قد دامت ستة قبل انتزاعها ، وما إذا كانت قد انتزعت بالقوة ، وما إذا كان متزع الحيازة أحق بالفضل . (٥) التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة هو أنها تراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسؤولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .
فتبحث هذه المسائل متعاقبة .

٣١٩ — المدعى في دعوى استرداد الحيازة : المدعى في هذه الدعوى هو الحائر للعقار . ويجب عليه أن يثبت أنه وقت أن انتزعت منه الحيازة كان

محصده في مقابل أجر مثل العقار . ٢ - وإذا كان البذر ناجحاً ولم يدرك ، فللمدعى الحيار إن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصد في مقابل أجر مثل العقار ، وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبت ملكيته ، حل أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه .
(والقنين العراقي يحفل بالتفصيلات ، وبخاصة فيما يتعلق بإنشاء الأبنية وغرس الأشجار ، والبذر إذا لم يثبت أو ثبت ولم يدرك أو ثبت وأدرك ، وهو في مجموع لا يخالف أحكام القنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن انظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٣ - يحكم قضاة الصلح في الدعاوى الآتية ، وأحكامهم تكون حل الدوام قابلة للاستئناف : (١) الدعاوى التصرفية (دعوى اليد) حل شرط أن تقام في خلال المهلة المنصوص عليها في المادة ٤٨ م ٤٨ - لاتقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال ستة تبتلى من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف . م ٤٩ - إن الدعوى التصرفية نوعان : دعوى إعادة اليد وهي تستلزم وجود شخص نزعته يده ، ودعوى التعرض وهي تستلزم حصول تعرض لحق التصرف لم يبلغ حد نزع اليد . م ٥٠ - تقام دعوى إعادة اليد من قبل كل متصرف كان قبل نزع يده يتصرف تصرفاً مادياً متواصلاً سليماً ، وعليها خاليكم الالتباس . ويحق للمستأجر والمزارع لـ صاحب الامتياز في ملك الدولة العام أن يقيم هذه الدعوى على الشروط نفسها . (وهذه الأحكام توافق أحكام القنين المدني المصري) .

حائراً للعقار (١) حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) محل الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

وليس من الضروري فى دعوى استرداد الحيازة ، وهذا هو الذى يميزها عن سائر دعاوى الحيازة ، أن يكون الحائر حائراً أصيلاً أى حائراً لحساب نفسه . فيجوز للحائر العرضى ، وهو الحائر لحساب غيره ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة ، ويطلب باسترداد حيازة حق الملكية فى حين أنه يكون صاحب حق انتفاع أو مرتبها رهن حيازة أو مستأجراً أو حارساً قضايياً ، أى حائراً لحق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك (٣) . وتصرح الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ مدنى ، كما رأينا (٤) ، بهذا الحكم إذ تقول : « ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائراً بالنيابة عن غيره » .

وكما يجوز للحائر العرضى أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة ، كذلك يجوز لمن قامت حيازته على عمل من أعمال التسامح ، وهو مثل الحائر العرضى مجرد من عنصر القصد فى الحيازة وليس لديه إلا السيطرة المادية ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة . ويكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة أيضاً من حصل على ترخيص (concession) من الجهة الإدارية

(١) حيازة مادية حالية ، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائر متصلة بالعقار اتصالاً ضلياً يحمل العقار تحت تصرفه المباشر ، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً فى حال وقوع النصب . وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإغلاقه لمخالفة ارتكبا مستأجرة ، ونقض حكم الإغلاق باخراج جميع الأشياء التى كانت به وإغلاق بابه وبوضع الأختام عليه ، فإن حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر عليه . والقول بأن المستأجر ظل حائراً رغم ذلك هو خطأ فى فهم معنى الحيازة (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفقوى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٦) .

(٢) استئناف مخطوط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٨٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩١ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٢٧ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٤ .
(٣) استئناف مخطوط ٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٢١ - ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ (حارس قضائى) - أوبرى وروز فقرة ١٨٩ ص ٢٤٠ - ص ٢٤١ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

في الانتفاع بعقار داخل في الأملاك العامة ، ولو أن حيازته للملك العام معرضة للزوال في أي وقت بمجرد رجوع الجهة الإدارية في الترخيص^(١) . ولكل من الحائز على سبيل التسامح والحائز بموجب ترخيص إداري أن يسترد الحيازة بدعوى استرداد الحيازة ، حتى من المالك الذي أجاز الحيازة على سبيل التسامح ، أو من الجهة الإدارية التي منحت الترخيص^(٢) . على أنه لا يجوز استرداد الحيازة من الجهة الإدارية إذا كانت هذه الجهة قد انتزعت الحيازة من المرخص له ، لا باعتبارها تدبير الملك العام ، بل بموجب سلطتها العامة التنظيمية (*pouvoir général réglementaire*) ، كأن تستصدر قراراً باعتبار الأعمال التي دعت لانتزاع الحيازة من أعمال المنفعة العامة^(٣) .

وليس من الضروري لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز أن يرفع هذه الدعوى حتى لو كان سيء النية . وليس من الضروري أخيراً ، لرفع دعوى استرداد الحيازة ، أن يكون الحائز قد دامت حيازته سنة كاملة قبل أن يفقد الحيازة كما يشترط ذلك في دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة على ماسرى . فأية حيازة تكون كافية ، ولو كانت حيازة لم تدم إلا يوماً واحداً أو أقل كما سبق القول^(٤) .

(١) أنظر في استرداد الحيازة من النير ولو كانت حيازة على سبيل التسامح أو كانت مرخصاً فيها من جهة إدارية : نقض مدني ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٧ ص ٢٥١ - شين الكوم الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٧ ص ١٤٨ - استئناف مخطط ١٨ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٥١ ص ٢٩٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض فرنسي ٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض فرنسي أول يولييه سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥-١-٨٢-٢٠ أغسطس سنة ١٨٩١ دالوز ٩١-١-٣٥١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضح اليد ، فلا يشترط توافر نية التملك عند واضح اليد ولا وضع يده مدة سنة سابقة على التعرض ، ويصح رفعها من ينوب عن غيره . في الحيازة ، ويمكن لقبولها أن يكون لرافها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة اتصالاً فعلياً قائماً في حالة وقوع النصب (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص ٦٢) - وانظر مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة رقم ٨٧ ص ١١٧ - نقض فرنسي سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢-١-٧٩٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١١ .

٣٢٠ — المرعى عليه في دعوى استرداد الحيازة : والمدعى عليه في دعوى

استرداد الحيازة هو الشخص الذي ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة (violence) أو بالنصب (voie de fait) علناً أو خفية (١) . فيشترط إذن أن يكون العمل الذي صدر من المدعى عليه : (١) هو عمل عدواني (acte agressif) . وقد يكون هذا العمل العدواني من الأعمال التي تعتبر جريمة في القانون الجنائي ، ولكن ليس من الضروري أن يكون كذلك ، فيكفي أن يكون عملاً غير مشروع من الناحية المدنية . والمهم أن يكون اعتداء إيجابياً يقع على حيازة الحائز ، ويكون من شأنه أن يعكر السلام ويخل بالأمن العام ويبرر حق الدفاع الشرعى . فالمدعى عليه ، في إثباته لهذا العمل ، يكون في موقف من يأخذ حقه بيده دون أن يلجأ إلى القضاء (٢) . وهذا هو المحور الذي تدور عليه دعوى استرداد الحيازة ، فهي جزاء حق على هذا العمل العدواني بقدر ما هي حماية فعالة للحائز في حيازته . وليس يلزم أن يكون العمل العدواني منطوياً على القوة والعنف وإن كان هذا هو الغالب ، بل يكفي أن يستولى المعتدى على العقار غصباً وقهراً ، أو خلسة دون علم الحائز ، بحيث يقوم عقبة أمام الحائز في حيازته لا يستطيع تحطيمها إلا إذا التجأ إلى العنف (٣) (٢) ويجب أن يكون

(١) وقد قضى بأن النصب في دعوى استرداد الحيازة يكفي فيه توجيهه إلى العقار ذاته ، دون حاجة إلى أن يكون الحائز محل اعتداء ، فالاستيلاء خلسة يقوم مقام النصب (أسيوط الكلية ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧٢ ص ١١٩) . وقضى بأنه يجوز أيضاً أن يكون الاختصاب مبنياً على أفعال النشر والتدليس وبغير رضا من افتصب منه العقار (نقض ملق ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ طاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٨) . وإذا أدخل إنسان آخر في عقار تحت حيازته تسامحاً ، وكان هذا الأخير يهطن نية الاختصاب ، فلا يعتبر به وقوع الاختصاب إلا من يوم وضوح هذه النية ، وكذلك إذا كان الاختصاب خفية فلا تبدأ الستة اشهر لرفع الدعوى إلا من يوم ظهورها للبيان (بنى سوف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦٧ ص ٢٦٨) . وقضى بأن تعتبر دعوى استرداد الحيازة مقبولة إذا كانت ناشئة عن نزاع اليد ، بموجب حكم قضائي ، متى كان هذا الحكم غير ملزم قانوناً لحائز العقار ، حتى لو كان الحكم صادراً لمجرد تنفيذ حكم بتعيين حارس قضائي على المين (استئناف مخطط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢٠٦ ص ٢٩٩) .

(٢) بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٢٠٨ ص ٢١٧ — مازو ققرة ١٤٦٦ .

(٣) نقض ملق ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ٢٥ طاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦١ — ٢٢ أكتوبر ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٩ رقم ١٦٧ — ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٤ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٢ — ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١ ص ٦٢ . بلانيول وريير ويكار ٢ ققرة ٢٠٨ .

هذا العمل العدواني قد وقع في العقار ذاته الذي هو في حيازة الحائز ، أما إذا وقع في عقار المعتدى فان ذلك لا يكفي لرفع دعوى استرداد الحيازة ، وإن كان يكفي لرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة (١) .

(٣) ويجب أخيراً أن يكون هذا العمل العدواني قد انتهى إلى انتزاع الحيازة من الحائز ، بحيث لا يصبح في مكانة الحائز أن يستعيد هذه الحيازة دون أن يقف هذا العمل أمامه عقبة تحول دون ذلك (٢) .

وليس يلزم أن يكون المدعى عليه اندي ارتكب هذا العمل العدواني سيئ النية ، فقد يكون معتقداً بحسن نية ، بل قد يكون على حق في اعتقاده ، بأن العقار الذي انتزع حيازته هو عقار مملوك له . ولكنه مع ذلك يكون قد أخطأ في تعمله أن يأخذ حقه بيده بدلاً من أن يلجأ إلى القضاء ، ومن ثم يكون انتزاعه الحيازة عملاً عدوانياً يوجب قبل كل أمر آخر أن ترد الحيازة إلى الحائز (spoliatus ante omnia resituiendus) . ثم ينظر بعد ذلك ، بالوسائل التي قررها القانون ، — من الخصمين له الحق في ملكية العقار ، أو له الحق في حيازته (٣)

ولا يجوز للمدعى رفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان مرتبطلاً مع المدعى عليه بعقد وكان انتزاع الحيازة يدخل في نطاق هذا العقد ، فالواجب في هذه

(١) نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٢٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٥ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ١ - ٤٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضاً . وهي بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسبق أو مصرف هدمها المدعى عليه ويرى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما ، إذا كانت المسق أو المصرف اللذان هما محل الارتفاق مقطوعاً بأنهما في يد المدعى عليه (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٠ ص ١١٦٧) .

وانظر نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٨٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨ .

(٣) قرب أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥ - وتنص المادة ١١٥٠ / ٣ مدني مراق على ما يأتي : « وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتقلياً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة يده والحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته » (انظر آنفاً ص ٩١٢ هامش ١) .

الحالة أن يلجأ المدعى إلى دعوى العقد ، لا إلى دعوى استرداد الحيازة ،
لإلزام المدعى عليه بمراعاة شروط العقد (١) .

وإذا انتقلت حيازة العقار المقتصب من المقتصب إلى الغير ، سواء كان
الغير خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالمشتري ، فإن خلف المقتصب
الذى انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة (٢) .
ويستطيع المدعى أن يسرد منه حيازة العقار بهذه الدعوى ، حتى لو كان الخلف
حسن النية لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيازة العقار . وتنص المادة ٩٦٠ صراحة
على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (٣) : « للحائر أن يرفع في الميعاد القانوني
دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المقتصب منه ،
ولو كان هذا الأخير حسن النية » . أما في فرنسا فدعوى استرداد الحيازة
دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مقتصب الحيازة نفسه ، ولا ترفع على
الغير الذى انتقلت إليه الحيازة المقتصة إلا إذا كان شريكا للمقتصب أو كان
معيء النية يعلم أن الحيازة التى انتقلت إليه حيازة مقتصة (٤) ، ومن ذلك
نرى أن دعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينية ، فهي
إلى أنها جزاء على الاغتصاب في ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن
طريقها للحائر أن يسرد حيازته ، لا من المقتصب فحسب ، بل أيضا من
الغير الذى نقل إليه المقتصب الحيازة ولو كان هذا الغير حسن النية .

٣٢١ — المرة التى ترفع في غير لها دعوى استرداد الحيازة : تنص المادة

١/٩٥٨ مدنى ، كما رأينا (٥) ، على أن « للحائر العقار ، إذا فقد الحيازة ،

(١) قضا فرنسي أول فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دي باليه ١٧ مارس سنة ١٩٢٢
٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٤٨٩ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه
١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٢٠٩ ص ٢١٩ - أنيكلوبيدي
دالوز ١ لفظ action possessoire ققرة ١٦٣ - ققرة ١٦٧ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع
التعرض مايل ققرة ٣٣٥ .

(٢) استئناف مخطط ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٠٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢
م ٥٥ ص ٢١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً ققرة ٣١٨ .

(٤) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٩ ص ٢٤٤ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٢٠٩ .

(٥) أنظر آنفاً ققرة ٣١٨ .

أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه . فإذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك ، . فيجب إذن أن ترفع دعوى استرداد الحيازة في خلال سنة واحدة تسرى من وقت انتزاع الحيازة من الحائز إذا كان هذا الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية ، إذ يكون الحائز علاناً في هذه الحالة بوقت انتزاع الحيازة منه . أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه ، فإن السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة تسرى من وقت أن ينكشف ذلك ، أي من وقت أن يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه^(١) .

ومدة السنة هذه مدة سقوط (*délai de déchéance*) لامدة تقادم (*délai de prescription*) ، فإذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة في خلالها لم يجوز رفعها بعد انقضاء السنة ، والدعوى التي ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها . ولما كانت مدة السنة مدة سقوط ، فإنه يترتب على ذلك أنها تسرى على غير كامل الأهلية من قاصر ومحجور عليه وعلى الغائبين . ويترتب على ذلك أيضاً أنها لا توقف ، ولا تنقطع . وهذا هو الرأى المعمول به في فرنسا ، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قضت في بعض أحكامها بأن مدة السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعاوى الحيازة هي مدة تقادم لا مدة سقوط ، فيرد عليها الوقف والانقطاع^(٢) .

(١) والمدعى هو الذي يقع عليه عبء إثبات أنه رفع دعواه في مدة السنة (نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيري ٩٢ - ١ - ١٨٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩) . فإذا لم يرفع المدعى دعوى استرداد الحيازة في مدة السنة ، بقي منتزع الحيازة مستقيماً لإياها ، فأصبح هو نفسه حائزاً تحمي حيازته بجميع دعاوى الحيازة لأنها استمرت سنة كاملة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «دعوى استرداد الحيازة ، ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته من اغتصبها . ويشترط أن ترفع الدعوى في السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً ، أولكشف انتزاعها خلسة . وترفع ضد من انتزع الحيازة ، أو من خلقه ولو كان حسن النية . على أن الحائز الذي يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل ، فإن لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه ، فإن كان لم يستردها في خلال السنة ، كان من انتزع الحيازة هو الحائز وهو الذي تحمي حيازته لأنها بقيت سنة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٠ سيري ٨٠ - ١ - ٤٢٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ سيري ١٩٠٧ - ١ - ٤١٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ١٧٨ - والفتر مارت وريينو فقرة ٢١٢ أنيكلويدى دالوز ١ لفظ *action possessoire* فقرة ٥٦ .

٣٢٢ — ما يحكم به دعوى استرداد الحيازة - أموال أربع : أما الذى يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة ، إذا توافرت شروطها على النحو الذى بسطناه ، فيختلف باختلاف الأحوال . وهناك أحوال أربع يجب ، فى هذا الصدد ، تمييزها بعضها عن بعض : (الحالة الأولى) إذا كان المدعى الذى إنترعت منه الحيازة قد دامت حيازته مدة لا تقل عن سنة . (الحالة الثانية) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن المدعى فقد الحيازة بالقوة (violence) . (الحالة الثالثة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة (بل فقدما غصبا أو خلسة) ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . (الحالة الرابعة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل .

٣٢٣ — الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة : ويلاحظ فى هذه الحالة أن المدعى كان يستطيع رفع دعوى منع التعرض ، لأن حيازته دامت مدة لا تقل عن سنة . وإنما لجأ إلى دعوى استرداد الحيازة لأن الاعتداء على حيازته لم يقتصر على مجرد التعرض لها ، بل انتهى إلى إنتزاعها منه عنفا أو غصبا أو اختلاسا ، فليس له بد من رفع دعوى استرداد الحيازة . فإذا ما رفعها قضى له برد حيازته إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييرا . فإن كان قد أقام فيه بناء جديدا قضى بهدمه ، أو هدم بناء كان موجودا قضى بإعادته (١) . ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية ، ليحمله على تنفيذ ما قضى عليه به . كذلك يحكم القاضى بتعويض على المدعى عليه عما سببه من أضرار للمدعى بسبب التعلى على حيازته ، وذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (٢) .

(١) وذلك ما لم يكن المدعى عليه موجهة الإدارة ، وقامت هذه الجهة بأعماله العامة travaux publics فى العقار ، فلا يجوز القضاء بهدم هذه الأبنية أو بإعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا يتطلب حل تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ولا ولاية القضاء فى ذلك (بلانيول وريبير ويكلر ٣ فقرة ٢١٠ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض مايل فقرة ٢٢٢) .

(٢) لوبريورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ - بلانيول وريبير ويكلر ٣ فقرة ٢١٠ .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة إلى المدعى ، فى الحالة التى نحن بصدددها ، يرد الحيازة إليه وكأنها لم تقطع مدة انتراعها منه . والمقروض أن المدعى قد دامت حيازته قبل انتراعها مدة لا تقل عن ستة ، فعند ما ترد إليه الحيازة تعتبر هذه الحيازة دائمة لم تقطع ، فتكون قد دامت أكثر من ستة . وعلى ذلك يستطيع دفع الاعتداء عنها بجميع دعاوى الحيازة ، لأنها دامت ستة بل أكثر كما سبق القول . ومن ثم يستطيع أن يرفع دعوى استرداد الحيازة من جديد فيما إذا إنترعت منه الحيازة مرة أخرى .

٣٢٤ — الحازة الثانية - حيازة المرحى لم تدم سنة كاملة ولكن

الحيازة انتزعت بالقوة : فى هذه الحالة لا يكون للمدعى دعوى منع التعرض لو وقع اعتداء على حيازته دون أن تنتزع منه هذه الحيازة ، لأن الحيازة لم تدم سنة كاملة وشرط دعوى منع التعرض أن تلوم الحيازة هذه المدة كما سئرى . ولكن المقروض فى هذه الحالة أن الحيازة قد انتزعت من المدعى بالقوة (viobace) ، لذلك يكون له رفع دعوى استرداد الحيازة بالرغم من أن حيازته لم تدم سنة كاملة ، لأنه لا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة قد دامت هذه المدة ، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا جزاء على انتراع الحيازة بالقوة ، أى دعوى مسئولية تقصيرية أكثر منها دعوى لحماية الحيازة . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (١) ، فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما إذا كان قد الحيازة بالقوة ، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى » .

وعلى ذلك يقضى للمدعى برد حيازته إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ، وبالفرامة التهديدية ، شأن المدعى فى هذه الحالة شأنه فى الحالة الأولى . ويقضى له كذلك بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب انتراع حيازته منه ، ويلاحظ هنا بوجه خاص استعمال المدعى عليه للقوة فى إنتراع الحيازة .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة فى هذه الحالة يقتصر على رد الحيازة المادية إلى المدعى مؤقتا ، دون أن يحسم التراع فيمن له حق الحيازة القانونية . فيجوز للمدعى عليه ، بعد أن يرد الحيازة للمدعى ، أن يعود فيرفع هو دعوى

استرداد الحيابة على المدعى ، إذا استطاع رفعها في الميعاد القانوني وأثبت أن المدعى كان قد سبق له أن انتزع منه الحيابة . فإذا نجح في دعواه واسترد الحيابة ، كان له أيضا أن يرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا توافرت شروط أى دعوى منها (١) .

٣٢٥ — الحالة الثالثة - حيابة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع

بالقوة ولكنه المدعى عليه لا يسترد إلى حيابة أمنه بالتفضيل : في هذه الحالة الثالثة لم تدم حيابة المدعى سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، حتى يحق له رفع دعوى استرداد الحيابة كما كان يفعل في الحالتين الأولى والثانية . ولكن القانون يعطيه مع ذلك حق رفع دعوى استرداد الحيابة ، لأن المدعى عليه الذى انتزع منه الحيابة لا يستند هو نفسه إلى حيابة أحق بالتفضيل .

وهنا نعلم الفقرة الأولى للمادة ٩٥٩ ملنى إلى وضع قواعد للمفاضلة بين حيابة وأخرى ، وهى قواعد تشبه القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى لإثبات حق الملكية ، إذ هى مثلها تميز بين صور ثلاث : صورة ما إذا وجد سند قانونى عند كل من الخصمين ، وصورة ما إذا لم يوجد سند قانونى عند أى من الخصمين ، وصورة ما إذا وجد سند قانونى عند أحد الخصمين دون الآخر . وقد سبق بسط هذه القواعد فيما يتعلق بإثبات حق الملكية (٢) ، والآن نعرض لنظائرها فيما يتعلق بالمفاضلة بين حيابة وأخرى . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ ملنى ، كما رأينا (٣) ، على أنه « إذا لم يكن من فقد الحيابة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدانها ، فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيابة أحق بالتفضيل . والحيابة الأحق بالتفضيل هى التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيابة الأحق هى الأسبق فى التاريخ » . ويستخلص من النص سالف الذكر أنه إذا أريدت المفاضلة بين حيازتين ، وجب التمييز بين الصور الآتية : (١) إذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى ، كأن يتمسك

(١) لوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ - بلانويل وريير وبيكار ٢ فقرة ٢١٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٢٧٦ - فقرة ٢٨٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

المدعى بسند بيع صادر له من شخص في حين أن المدعى عليه يتمسك بسند بيع صادر له من شخص آخر ، فضلت الحيازة الأسبق في التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أولا حقا له . (٢) إذا لم تقم أى من الحيازتين على سند قانونى ، فإن الحيازة الأسبق في التاريخ هى التى تفضل هنا أيضا . (٣) إذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل ، فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أولا حقه لها .

ونطبق هذه القواعد في الحالة الثالثة التى نحن بصدددها . فإذا كان المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفصيل من حيازة المدعى ، فلم يثبت أن حيازته تقوم على سند قانونى في حين أن حيازة المدعى لا تقوم على سند مقابل ، أو لم يثبت أن حيازته أسبق في التاريخ في حين أن كلا من الحيازتين يقوم على سند قانونى أولا يقوم أى منهما على هذا السند ، كسب المدعى الدعوى ، وقضى برد الحيازة إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ، وبإفراقة التهديدية ، وبالتعويض ، كما هو الأمر في الحالتين الأولى والثانية . وإذا ردت الحيازة إلى المدعى ، بقيت مستقرة عنده لأن المدعى عليه لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفصيل . وإذا أراد المدعى عليه أن يسترد العقار من المدعى ، لم يكن أمامه لاسترداده إلا أن يرفع دعوى الملكية على المدعى لأن هذا هو الحائر . فيصبح المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة مدعيا في دعوى الملكية ، ويحمل عبء إثبات حق ملكيته للعقار .

٣٢٦ — الجزئية الرابعة - حيازة المدعى لم تدم ستة كاملة ولم تنتزع

بالفترة ولكن المدعى عليه يستمر إلى حيازة أحق بالتفصيل : في هذه الحالة الرابعة لم تدم حيازة المدعى ستة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، فليس له أن يسترد حيازته لأحد هذين السببين . ثم إن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفصيل ، فيفضل عليه ، ولا يستطيع المدعى أن يسترد منه الحيازة . وهذه الحالة الرابعة هى الحالة الوحيدة بين الحالات الأربع التى فيها لا يستطيع المدعى أن يسترد الحيازة ، بالرغم من أن الحيازة قد انتزعت منه غصبا أو خلسة ، ما دامت

لم تترفع منه بالقوة ، وما دامت حيازة المدعى عليه أحق بالترفع (١) .
 ويحمل المدعى عليه عبء إثبات أن حيازته أحق بالترفع . وعليه أن
 يثبت ، إذا قام كل من الحيازتين على سند قانوني أو لم يقيم أى منهما على هذا
 السند ، أن حيازته أسبق في التاريخ من حيازة المدعى . وكذلك تكون حيازته
 أحق بالترفع ، إذا هو أثبت أنها تقوم على سند قانوني ، ولم يثبت المدعى
 أن حيازته تقوم هي أيضا على سند قانوني .

فإذا أثبت المدعى عليه أن حيازته أحق بالترفع على الوجه سالف الذكر ،
 لم يقض برد الحيازة إلى المدعى ، وبقي المدعى عليه مستقرا في الحيازة التي
 انتزعها لأنها حيازة أحق بالترفع كما سبق القول . وإذا أراد المدعى أن
 يسترد العقار ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى الملكية بعد أن أخفق في دعوى
 استرداد الحيازة . وفي دعوى الملكية يبقى المدعى عليه وقد استقر في حيازته
 هو المدعى عليه كما كان في دعوى استرداد الحيازة ، ويقع عبء إثبات الملكية
 على المدعى . فإذا استطاع أن يثبت ملكيته استرد العقار بالرغم من أن حيازة
 المدعى عليه أحق بالترفع . وإذا لم يستطع إثبات ملكيته بقي العقار في يد
 المدعى عليه بعد أن أثبت أن حيازته أحق بالترفع .

٣٢٧ — التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة : ودعوى استرداد

الحيازة في القانون المصري ، على النحو الذي قلناه ، هي دعوى تراوح
 بين أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة
 فهي دعوى من دعاوى المسؤولية ، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية
 الحيازة فهي دعوى من دعاوى الحيازة . وهذا بخلاف القانون الفرنسي ،
 فدعوى استرداد الحيازة في هذا القانون أقرب إلى أن تكون دعوى شخصية
 من دعاوى المسؤولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة ، من
 أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحيازة وضعت لحماية الحيازة في ذاتها (٢)

(١) ولا يعرف القانون الفرنسي هذه الحالة ، بل إنه يقضى برد الحيازة إلى المدعى متى
 أثبت أن حيازته انتزعت منه ولو بنقض القوة ، ولو خلسة ، دون أن يفاضل بين حيازة المدعى
 وحيازة المدعى عليه كما يفاضل التقنين المصري فيما رأيناه .

(٢) انظر في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة في القانون الفرنسي : لوبري
 ورو ٢٢٩ ص ١٨٩ - ٢٤٠ - بلانيول وريير وبيكار ٣٢٩ ص ٢٠٦ - ٢١٤ -
 ٢١٥ - كولان وكاييتان ودولاموراندبير ١٣٠٥ - ١٤٦٦ - ١٤٦٧ -
 مارت وريينو ٢١٦ - أنسيكلو يدي دالوز لفظ action possessoire ٢١٦ -

أما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى المسئولية، فإن هذا يظهر في نواح متعددة : (١) فهي ترد الحيازة حتى للحاثر العرضي الذي لا يحوز لحساب نفسه بل يحوز لحساب غيره ، فيكفي أن يكون للشخص مجرد سيطرة مادية على الشيء ، فإذا انتزعت منه هذه السيطرة كان هذا عملاً غير مشروع جزاؤه رد هذه السيطرة لمن كانت له من قبل عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٢) وكذلك الحال فيما لو قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص إداري يجوز الرجوع فيه في أي وقت ، فإنا لا نكون بصدد حيازة بالمعنى الصحيح بل بصدد مجرد سيطرة مادية . ومع ذلك إذا انتزعت هذه السيطرة من صاحبها ، كان هذا أيضاً عملاً غير مشروع ، وجاز أن ترد هذه السيطرة إلى من كانت له من قبل ، عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٣) وإذا اكتمل للحيازة عنصرها فأصبحت حيازة قانونية، ولكنها لم تستقر استقراراً كافياً بأن لم تدم مدة سنة كاملة، فإن انتزاعها بالقوة يعتبر كذلك عملاً غير مشروع ، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا أيضاً جزاء على القوة التي استعملت في نزع الحيازة . ورد الحيازة إلى صاحبها في هذا القرض أقرب إلى أن يكون جزاء على عمل غير مشروع هو القوة التي استعملت ، من أن يكون حماية لحيازة لم تستقر ولم تدم مدة كافية .

وأما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى الحيازة، فإن هذا أيضاً يظهر في نواح متعددة : (١) فإن الحيازة إذا انتزعت بغير القوة لا ترد إلا إذا كانت قد دامت سنة كاملة ، أي كانت حيازة مستقرة دامت مدة كافية . فالدعوى هنا أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمي الحيازة المستقرة، من أن تكون جزاء على المسئولية . (٢) ولا ترد الحيازة إذا انتزعت بغير القوة ، ولو لم تدم سنة كاملة ، من الشخص الذي انتزعها وكانت له حيازة أحق بالترتيب من حيازة المدعى . فهذا معناه أننا نفاضل بين حيازة وحيازة ، ونحمي الحيازة الأحق بالترتيب . فالدعوى على هذا النحو أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمي الحيازة الأحق بالترتيب ، من أن تكون جزاء على المسئولية . (٣) ويجوز رفع الدعوى على من انتقلت إليه حيازة العقار المكتسب من مكتسب الحيازة ، ولو كان الأول

حسن النية (م ٩٦٠ مدني) . وقد قلنا في هذا الصدد أن دعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينية ، فهي إلى أنها جزاء على الاختصاص في ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن طريقه اللطائر أن يسترد حيازته من الغير ولو كان هذا الغير حسن النية (١) .

§ ٢ - دعوى منع التعرض

(La complainte)

٣٢٨ - نص قانوني : تنص المادة ٩٦١ مدني على ما يأتي :

« من حاز عقاراً واستمر حائزاً له ستة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز أن يدفع خلال السنة التالية دعوى يمنع هذا التعرض (٢) » .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق (٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٤) .

(١) أنظر آتقاً ص ٩١٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٦ - ص ٤٧٧) .

(٣) ولكن أنظر م ٢٦٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : « ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتية بيانها ويكون حكمه انتهاياً : (ثالثاً) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على العقار الميئة على فعل صادر من المسمى عليه لم تمنع عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل - ولكن أنظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني

م ١٣ و م ٤٨ - ٤٩ (سبق ذكرها آتقاً ص ٩١٢ هامش ١) و م ٥١ : إن دعوى التعرض تستلزم إقامتها وجود واضح يد كان منذ سنة على الأقل متصرفاً بنفسه أو بواسطة سلفائه تصرفاً جالساً للأوصاف الميئة في المادة السابقة . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المصري) .

وهذا النص يعرض لدعوى منع التعرض ، وهي دعوى الحيازة الرئيسية ،
إذ هي تحمي الحيازة في ذاتها وهي الحيازة الأصلية دون الحيازة العرضية .
ولذلك تتميز عن دعوى استرداد الحيازة ، فقد رأينا أن هذه الدعوى الأخيرة
تحمي الحيازة العرضية كما تحمي الحيازة الأصلية ، وأنها تراوح بين أن
تكون دعوى شخصية من دعاوى المسؤولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .
أما دعوى منع التعرض التي نحن بصددها فلا تحمي إلا الحيازة الأصلية وبشرط
أن تستمر مدة سنة كاملة على الأقل ، ولذلك تستحق دعوى حيازة ، بل
هي دعوى الحيازة المثل .

ونبحث في شأنها ، كما بحثنا في شأن دعوى استرداد الحيازة ، المسائل
الآتية : (١) المدعى في دعوى منع التعرض . (٢) المدعى عليه في هذه الدعوى .
(٣) المدة التي ترفع الدعوى في خلالها . (٤) ما يحكم به القاضي في هذه
الدعوى .

٣٢٩ — المدعى في دعوى منع التعرض : المدعى في دعوى منع التعرض
هو الحائر للعقار . ويجب عليه أن يثبت هنا ، كما رأينا أنه يجب عليه أن يثبت
في دعوى استرداد الحيازة (١) ، أنه وقت أن وقع التعرض له كان حائرا
للعقار (٢) حيازة خالية من العيوب ، أي حيازة مستمرة علنية هادئة (٣)
(١) انظر آتفاً فقرة ٣١٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة على الشيوع ، فليحترز على الشيوع أن يرفع دعوى وضع اليد
على شركائه الذين ينكرون عليه حقه في الانتفاع بنظام مادية تخالف حقوق الشركاء في الشيوع
(نقض ملئ ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ ملأ جزء
أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٦ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم
١٥٩ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٠ - ١٦ ديسمبر
سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة
جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٧) - وانظر استئناف مخطط ١٩ يوفيه سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٥٤ .
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نصب شخص ألياناً وحكم عليه برد حيازتها ،
فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية منه إلى وقت تنفيذ الحكم الذي صدر عليه لا تعتبر
حيازة هادئة . فلا يصح التمسك بها في دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذي حصل له
تعرض جديد من الغاصب ، والذي توافرت في وضع يده الشروط القانونية (نقض ملئ ٢٥
فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ ملأ جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٩) .

غير غامضة (١)

ويجب عليه أيضا أن يثبت، خلافا لما قررناه في دعوى استرداد الحيازة (٢) أن حيازته حيازة أصيلة لاحيازة عرضية، أي أنه يجوز لحساب نفسه لا لحساب غيره. فلا يجوز، إذا وقع تعرض على حق الملكية، أن يدفعه بدعوى منع التعرض من لم يكن حائرا لحق الملكية لحساب نفسه. وعلى ذلك لا يجوز أن يرفع دعوى منع التعرض، في هذه الحالة، صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو المرتهن رهن حيازة أو المستأجر. فهؤلاء جميعا حائرون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية، لأنهم إنما يجوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك (٣). والذي يرفع دعوى منع التعرض في هذه الحالة هو المالك الذي يعتبر حائرا لحق الملكية لحساب نفسه (٤)، ويباشر السيطرة المادية على العقار بواسطة هؤلاء. وإنما يجوز لكل من صاحب حق الانتفاع (٥) وصاحب حق الارتفاق والمرتهن رهن حيازة والمستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذي يباشر استعماله لحساب نفسه، فهو أصيل في حيازته ويجوز له لحساب نفسه لا لحساب المالك (٦)

وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامع أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه في أي وقت، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامع أو إلى جهة الإدارة المرخصة. فلا يجوز للحائر، في هاتين

(١) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٧ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٢٠١ ص ٢٠٨.

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٣١٩.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع يد المستحق في بيع العقار الموقوف لا يبيع له رفع دعوى منع التعرض، لأن وضع يده في هذه الحالة لا يقترون بنية التملك (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٠٦).

(٤) ويجوز للشريك في الشيوع وحده أن يرفع دعوى منع التعرض ضد الغير دون حاجة إلى تدخل شركائه في الشيوع مع في الدعوى، بل له أن يرفع هذه الدعوى ضد شركائه أنفسهم إذا تعرضوا لحيازته في الشيوع بأعمال تتعارض مع هذه الحيازة (أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٧ ص ٢٢٦).

(٥) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٧ ص ٢١٧.

(٦) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - بلانيول وريير وبيكار ٣

ققرة ٢٠١.

الحالتين ، أن يرفع دعوى منع التعرض على المالك نفسه أو جهة الإدارة نفسها إذا تعرض أحد منهما لحيازته (١) . وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى منع التعرض ، فيستطيع الحائر ، إذا تعرض له في حيازته غير المالك أو غير جهة الإدارة ، أن يدفع هذا التعرض بدعوى منع التعرض . فالعرضية التي ترجع إلى قيام الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة عرضية نسبية لا مطلقة ، ولا يتمسك بها إلا المالك المتسامح أو جهة الإدارة المرخصة (٢) كما سبق القول .

ولا يشترط لرفع دعوى منع التعرض ، كما لا يشترط لرفع دعوى استرداد الحيازة (٣) ، أن يكون الحائر حسن النية ، فللحائر رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سيء النية .

وكما تتميز دعوى منع التعرض عن دعوى استرداد الحيازة في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، كذلك تتميز الدعوى الأولى عن الدعوى الثانية في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة مستقرة ، أي حيازة دامت مستمرة علنية هادئة غير غامضة مدة سنة كاملة على الأقل . وشرط دوام

(١) وقد رفضت محكمة النقض دعوى منع التعرض لحيازة قامت على أعمال التسامح إذا رفضت الدعوى من الحائر على المالك المتسامح ، فقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، وهو بسبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد ، قد استخلص من الأدلة التي ساقها أن ترك مطلات منزل الطاعة على المقار المبيع للمطعون عليه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أي اعتداء على ملكه ، وبذلك تنفي التملك عن وضع يد الطاعة وهو ركن أساسي من أركان دعوى منع التعرض ، فإن في هذا وحده ما يكفي لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض (نقض مدني ١٤ يولييه سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٩) .

وقد رأينا أنه ، على خلاف دعوى منع التعرض ، يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة حتى في هاتين الحالتين ، أي ضد المالك المتسامح وجهة الإدارة المرخصة ، لأن دعوى استرداد الحيازة لا تتطلب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ، بل يكفي لجواز رفعها قيام حيازة عرضية (انظر آنفاً فقرة ٣١٩) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١

ص ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

الحيازة سنة كاملة شرط مقرر بصريح النص ، فقد رأينا (١) أن المادة ٩٦١ مدني تنص على أن « من حاز عقارا واستمر حائرا له سنة كاملة . . . » (٢) . وقد قدمنا أن هذا الشرط يقطع في أن دعوى منع التعرض تتمحض دعوى من دعاوى الحيازة . فهي تحمي الحيازة المستمرة التي تكون قد دامت وقتا كافيا قدر سنة كاملة (٣) . وقد نقل التقنين المدني المصري هذا الشرط عن القانون الفرنسي : ونقله هذا القانون بدوره عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، وكانت هذه تقضي بأن تكون الحيازة قد دامت سنة وبوما ، فأصبحت سنة واحدة في القانون الفرنسي (٤) . والمهم أن تكون الحيازة : وقت وقوع التعرض : قائمة وأن تكون قد دامت سنة كاملة على الأقل منذ أن بدأت إلى وقت وقوع التعرض . ويكفي أن يثبت المدعي أنه قد حاز العقار قبل وقوع التعرض بسنة وأنه يحوزه فعلا وقت وقوع التعرض ، حتى يفترض أنه استمر حائرا له في الفترة ما بين الزميين ما لم يثبت المدعي عليه عكس ذلك . وذلك تطبيقا لنص المادة ٩٧٦ مدني إذ تقول : « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزميين ، ما لم يقدّم الدليل على العكس » (٥) . فالمدعي هو الذي يحمل عبء

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا المعنى : « دعوى منع التعرض : وهذه لا تنطلي إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة ، وترفع في خلال سنة من بدء التعرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ هامش ٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٩ - مازو فقرة ١٤٦٣ ص ١١٧٦ - سارتي ورينو فقرة ٢١٤ ص ٢٢٢ .

(٥) أنظر مايلي فقرة ٣٨٥ - وليس من الضروري أن تكون الأعمال المادية التي يباشر بها الحائز حيازته قد وقعت بعضها في خلال السنة السابقة على وقوع التعرض ، فقد قدمنا أن هذه الأعمال تتوقف على طبيعة الشيء ، فهناك أشياء تقتضي طبيعياً ألا تستعمل إلا في أوقات تتخللها فترات طويلة ، فإذا انقطع الحائز عن استعمالها في غير هذه الأوقات لم يعتبر انقطاعه هذا تخلياً منه عن الحيازة (أنظر آنفاً فقرة ٢٧٥ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢) .

إثبات أن حيازته قد دامت سنة كاملة على الوجه المتقدم الذكر (١) ، وله في حساب السنة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما لهذا السلف (٢) أو كان خلفا خاصا (٣) .

٣٣٠ — المدعى عليه في دعوى منع التعرض : والمدعى عليه في دعوى منع التعرض هو الشخص الذي يتعرض للمدعى في حيازته . والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن يكون تعرضا ماديا (trouble de fait) ، أو تعرضا قائما على تصرف قانوني (trouble de droit) . وقد ينجم التعرض عن أشغال عامة (travaux publics) ، أو عن أشغال خاصة (travaux privés) رخصت فيها جهة الإدارة . وفي جميع الأحوال لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه . والأصل أن دعوى منع التعرض ترفع ضد المدعى عليه نفسه الذي صدر منه التعرض ، وقد ترفع مع ذلك ضد الغير ولو كان حسن النية . فهذه حلة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٣١ — تحديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه : يعتبر تعديا يبيح رفع دعوى منع التعرض كل عمل مادي أو كل تصرف قانوني يتضمن ، بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، ادعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعى (٤) . فلدخول المدعى عليه في أرض يحوزها المدعى من غير

(١) والحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت بالأوراق ، فلا حل للمحكمة إذا هي أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى إثبات وضع يده الذي ينكره عليه خصمه ، ولو كان يده محضر تسليم رسمي في تاريخ سابق (نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٨٩٣ هامش ٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠ -

(٤) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥١ - ١١ يناير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٠ - ١ - ٣١٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٢ .

إذنه^(١) يعتبر تعرضاً، بل قد يصل التعرض في هذه الحالة إلى حد إخراج المدعى من الأرض وسلبه حيازتها (dépossession) ويبقى الأمر مع ذلك في نطاق دعوى منع التعرض ، لا في نطاق دعوى استرداد الحيازة التي تقتضى سلب الحيازة بالقوة أو بالغصب أو خفية^(٢) كما سبق القول . وإقامة المدعى عليه حائطا أو بناء في أرضه يسد به مطلقا لجاره ، أو يمنع به الثور والهواء عنه ، يعتبر تعرضاً . ورعى المدعى عليه مواشيه في أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدعيا أن له عليها حق ارتفاق بالمرور ، ودخوله دارا يحوزها المدعى متمسكا بأنه استأجر هذه الدار من مالكتها أو أن له عليها حق انتفاع ، كل هذه أعمال تعتبر تعرضاً للمدعى في حيازته ، وتبيح لهذا الأخير رفع دعوى منع التعرض .

ويكفي أن يعارض المدعى عليه حق المدعى في الحيازة ليكون هنالك تعرض

(١) أما إذا كان باذن فلا يعتبر تعرضاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر الحكم أن التعرض لم يبدأ بوضع المتعرض « بحجرة » في أرض النزاع باذن صاحب الأرض لأن هذا لا يعتبر تعرضاً لحقه بل هو تأييد لهذا الحق إذ حصل شغل أرضه برضاه ، وإنما يبدأ التعرض حينما يظهر شاغل الأرض أو غيره بحق يتعارض مع حقه في حيازته للأرض ، فان هذا الذي أورده الحكم صحيح في القانون (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٨ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٨ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٦٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٤ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٨ - وقد قضى بأنه يجوز رفع دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة في وقت واحد ، وبأنه يجوز لمن رفع دعوى التعرض أن يحولها إلى دعوى استرداد الحيازة دون أن يمد ذلك طلباً جديداً (نقض فرنسي ٤ أغسطس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٧ - ١ - ٦٦) . وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض في مصر ، فقد قضت بأنه لا تريب على المحكمة في أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة ، تحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها . ذلك أنه لا تناقض ولا تعارض بين الدعويين ، لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية ، والفرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٤ ورقم ١٢٥) .

واقع من المدعى عليه (١) . فلا يشترط : (١) أن يكون التعرض قد ألحق ضرراً بالمدعى . فليس يلزم أن يكون كل تعرض صادر من المدعى عليه قد أحدث ضرراً للمدعى ، كما ليس يلزم أن يعتبر العمل الصادر من المدعى عليه تعرضاً لمجرد أنه أحدث ضرراً للمدعى . وفي هذه الحالة الأخيرة ، إذا كان العمل قد أحدث ضرراً للمدعى دون أن يتضمن ادعاء يعارض حيازته ، لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض ، وإنما يكون للمدعى أن يرفع دعوى التعويض (٢) . (٢) أو أن يكون التعرض غير قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه . فحتى لو كان المدعى عليه يستند في تعرضه إلى حق ثابت له ، فإنه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض ، لأن قاضي الحيازة لا شأن له بموضوع الحق . ودعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة ، بصرف النظر عما إذا كان للحادث حق يستند إليه في حيازته أو ليس له هذا الحق (٣) . (٣) أو أن يكون المدعى عليه سيء النية . فحتى لو كان المدعى عليه حسن النية في تعرضه ، وكان بالرغم من أنه ليس له حق يستند إليه في تعرضه يعتقد بحسن نية أن له هذا الحق ، فإنه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض . ذلك بأن دعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة كما قلنا ، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سيء النية أو حسن النية (٤) . (٤) أو أن تكون أعمال التعرض قد وقعت رأساً في العقار الذي يحوزه المدعى . فقد تقع

(١) واستفادة النزاع في وضع اليد من التškiيات والمعارضات الحاصلة من مدعى الملكية هي من المسائل الموضوعية المتروكة لطلق تقدير قاضي الموضوع ، ولا هيئة عليه لمحنة النقض (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥١) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ و ص ٢٢٣ هامش ٢٢ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٨١ - ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٢٣٩ .

(٣) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت دي باليه ٩ يولييه سنة ١٩٢٥ .

(٤) أوبري ورو فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ .

هذه الأعمال في عقار يحوزه المدعى عليه ، أو في عقار يحوزه الغير (١) .
(٥) أو أن تكون أعمال التعرض قد اقترنت بالعنف أو ارتكبت علناً . فقد تكون هذه الأعمال لم تقترن بأي عنف أو تكون قد ارتكبت خلسة وفي خفية عن المدعى ، وتبقى مع ذلك تعرضاً يجوز دفعه بدعوى منع التعرض (٢) .

٣٣٢ — التعرض المادي والتعرض القائم على تصرف قانوني :

والتعرض الصادر من المدعى عليه ، على النحو الذي بسطناه ، إما أن يكون تعرضاً مادياً أو تعرضاً قائماً على تصرف قانوني .

فالتعرض المادي هو عمل مادي من أعمال التعدي يقع على حيازة المدعى . وقد قلنا كثيراً من الأمثلة على التعدي المادي ، فاقامة المدعى عليه حائطا أو بناء في أرضه يسد به مطلا لجاره ، ورعي المدعى عليه مواشيه في أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدعياً أن له حق إرتفاق بالمرور ، كل هذه أعمال تعتبر تعرضاً مادياً للمدعى في حيازته . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان هناك تعرض مادي ، ولا معقب على تقديره من محكمة التعرض (٣) .

أما التعرض القائم على تصرف قانوني ، فيقوم على تصرف يصدر من المدعى عليه يعلن به نيته في معارضته لحيازة المدعى . وقد يصدر هذا التصرف

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنس ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٧٢١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ سيرييه ١٩٤٥ - ١ - ٤٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٥٠ جازيت دي باليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٢٣ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٩٦ ص ٢٠٤ - نقض فرنس ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيرييه ١٩٠٢ - ١ - ٤٥٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ سيرييه ١٩٢٤ - ١ - ٨٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ - ١ - ٢٢٩ - وإذا كان هناك ترمين عدة شركاء ، فلقام أحدهم حوائط حول عقاره من شأنها تضيق المر إلى حد كبير ، كان هذا تعرضاً مادياً لباقي الشركاء (استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٨٢) . وانظر أيضاً نقض ملق ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢ (إقامة السلم جميعه بسند الأريمة داخل المر) . وإذا أقام صاحب أرض محاذية لنهر أعمالاً في الضفة الغرض منها ، ليس فحسب حماية ضفته ، بل أيضاً تحويل التيار إلى الضفة المقابلة ، كان هذا تعرضاً مادياً لصاحب الأرض المحاذي لهذه الضفة الأخيرة (نقض فرنس أول ديسمبر سنة ١٨٢٩ سيرييه ٣٠ - ١ - ٣٢ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ هامش ٢٣) .

خارج مجلس القضاء ، كما إذا أُنذر المدعى عليه مستأجراً بدفع الأجرة له هو لا للمؤجر فيكون هذا تعرضاً لحيازة المؤجر للعين المؤجرة ، وكما إذا أُنذر المدعى عليه المدعى ألا يقيم بناءً في الأرض التي يحوزها هذا الأخير فيكون هذا تعرضاً لحيازة المدعى للأرض . ويعتبر كذلك تعرضاً قائماً على تصرف قانوني صادر خارج مجلس القضاء تحرير محضر من جهة الإدارة لحائز العقار فيما يختص بأعمال حيازته لهذا العقار ، وصدور قرار إداري باعتبار طريق يحوزه المدعى طريقاً عاماً . وقد يقع التعرض عن طريق نزاع في الحيازة يرفع أمام القضاء ، كرفع دعوى أو تقديم طلبات في دعوى يعارض فيها المدعى عليه حيازة المدعى ، وكذلك يعد تعرضاً تنفيذ حكم على شخص لم يكن طرفاً في الخصومة (١) .

٣٣٣ — التعرض الناجم عن الموقوفات العامة : وقد ينجم عن قيام الإدارة

بأشغال عامة (travaux publics) تعرض لحيازة الأفراد ، فإذا كانت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يحى وضع اليد من كل تعرض له ، ويستوى في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضاً من المتعرض أو بناءً على حكم مرسوم مزاد لم يكن واضح اليد خصماً فيه ، إذ الأحكام لاحجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لافرق في هذا بين حكم مرسوم المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٧) . وانظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٨ - وقضت أيضاً محكمة النقض بأن كل ما يوجه إلى واضح اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساساً لرفع دعوى منع التعرض ، حتى لو لم يكن هناك غصب . وإذن ففي كان الطاعن قد تدخل في الدعوى التي أقامها المظنون عليه الثاني على المظنون عليه الثالث مدعياً أن له حقاً على الأرض محل النزاع في مواجهه المظنون عليه الأول الذي تدخل أيضاً في تلك الدعوى ، فإن هذا الإدعاء من الطاعن يعتبر تعرضاً للمظنون عليه الأول يميز له رفع منع التعرض (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١ رقم ١١٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر تعرضاً قائماً على تصرف قانوني موجباً لدعوى منع التعرض الإنذار المعلن إلى من يدعى ملكية حائط وضع يده عليه ، وقد نيه من أعلن الإنذار واضح اليد على الحائط بعدم إجراء أي تعديل في حالته بدعوى أنه حائط مشترك بين الطرفين (استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ الممامة ١٧ رقم ٦٢٣ ص ١٢٤٩) . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ وقرة ١٨٧ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٩٦ - أنسيكلويدى دالوز لفظ ١١

هذه الأشغال العامة تنتهى إلى نزع ملكية الأفراد ، كلياً أو جزئياً ، دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصاً بإثبات قيام الحيازة إذا كانت متنازعا فيها ، وله كذلك أن يأمر بعدم المضي فى القيام بالأشغال العامة (١) . ولكن ليس له أن يأمر بهدم هذه الأشغال أو بإعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٢) .

أما إذا كانت الأشغال العامة تؤدى بطريق غير مباشر إلى نزع الملكية ، كما إذا كان القانون يبيع استيلاء الإدارة على أملاك الأفراد استيلاء نهائياً دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصاً بتقرير حيازة المدعى وأنها دامت لمدة سنة ، لأن هذا يكون أساساً يستند إليه فى طلب التعويض المستحق له (٣) . ولكن لا يجوز لقاضى الحيازة أن يأمر بهدم الأشغال لأن فى هذا تعطيلاً لتنفيذ قرار إدارى (٤) ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٥) .

٣٣٤ — التعرض للناسىء عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة : أما إذا نجم التعرض عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة ، كما إذا أدار شخص

- (١) مجلس الدولة الفرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٦٣ سيرييه ٦٣ - ٢ - ١٨٢ .
- (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض المستند إلى أمر إدارى انتفته مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض ، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية . ولا يكون الحائز فى هذه الحالة من سبيل لرفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٥٤ ص ١٧٦٣) . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ - مجلس الدولة الفرنسى ٩ مارس سنة ١٨٧٠ سيرييه ٧١ - ٢ - ٢٨٥ - نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٩ سيرييه ٩٩ - ١ - ٣٦٧ .
- (٣) نقض فرنسى (دوائر مجتمعة) ١٠ يولييه سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٦٢٨ - نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٣ سيرييه ٨٣ - ١ - ٣١٢ .
- (٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ .
- (٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ - أنسيكلو ييدى دالوز اللفظ (action possessoire) فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٨ - نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٥٨ .

محلا مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا بعد أن حصل على رخصة في إدارته من جهة الإدارة ، فإن التعرض في هذه الحالة تسرى عليه القواعد العامة . فيختص القضاء العادي لا القضاء الإداري بنظره ، ويجوز الأمر بمنع التعرض وبإزالة الأعمال التي تمت ونجم عنها التعرض . ولا يمنع من ذلك صدور ترخيص إداري في القيام بهذه الأعمال ، فإن هذا الترخيص لا يعني أكثر من أن الأعمال المرخص فيها لا تتعارض مع مصلحة عامة ، مع حفظ حقوق الأفراد فيما إذا أصابهم ضرر من جراء هذه الأعمال (salvo juri tertii) . وعلى ذلك يستطيع أى شخص يقع تعرض لحيازته ينجم عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة أن يرفع دعوى منع التعرض على صاحب هذه الأشغال أمام القضاء العادي ، ويجوز لهذا القضاء أن يأمر بإزالة ما تم من الأعمال ونجم عنه التعرض وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (١) .

كذلك إذا نجم التعرض عن أشغال قامت بها الدولة (أو شخص معنوي عام) في الأموال الخاصة التي تملكها (domaine privé) ، جاز لمن وقع التعرض لحيازته أن يرفع دعوى منع التعرض أمام القضاء العادي ، وأن يحصل على حكم بإزالة ما تم من أعمال نجم عنها التعرض ، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (٢) .

٣٣٥ — عدم جواز الانجاء الدعوى منع التعرض لتفويض

يربط ما بين المدعى والمدعى عليه : ولا يجوز رفع دعوى منع التعرض بغرض تنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه ، فإذا كان التعرض ناجما عن عدم تنفيذ عقد كان على المدعى أن يطلب تنفيذ العقد بدعوى العقد لا بدعوى منع التعرض (٣) . وعلى ذلك إذا أتى الراهن رهن حيازة عملا ينقص من قيمة

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ وص ٢٣٦ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ - نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤١ - ١٩ يولييه سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٣٤٠ - ٩ يولييه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ - ١ - ١٠٩ - (٢) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ - نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٩٤ .

(٣) نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي بليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ .

الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، فليس للدائن المرتهن أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض لإلزام الراهن بعدم الإخلال بعقد رهن الحيازة ، بل يلجأ إلى دعوى عقد رهن الحيازة ذاته لإلزام الراهن بتنفيذ العقد . وتنص المادة ١١٠١ مدني في هذا الصدد على أن « يضمن الراهن سلامة الرهن وتفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً يتقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، والدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون » . كذلك إذا حال المؤجر دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، بخلاف ذلك بشروط عقد الإيجار ، فإن سبيل المستأجر إلى إلزام المؤجر بتنفيذ العقد ليس هو رفع دعوى منع التعرض ، بل رفع الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار (١) .

ولو جاز رفع دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد ، لكان من جراء ذلك أن يتعرض قاضي الحيازة المرفوع أمامه دعوى منع التعرض إلى موضوع الحق الناشئ عن العقد لإلزام المدعى عليه بعدم الإخلال به ، ولترتب على ذلك الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى موضوع الحق ، وسنرى فيما يأتي أنه لا يجوز الجمع بين الدعويين (٢) .

٣٣٦ — رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير :
وغنى عن البيان أن المدعى عليه في دعوى منع التعرض هو المتعرض نفسه ، أي

(١) نقض فرنسي ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٥ .
(٢) انظر مايل فقرة ٣٤٨ وما بعدها - وانظر فيما يتعلق بعدم جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة لتنفيذ عقد آتفاً فقرة ٣٢٠ - وانظر بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٧ - أنيكلو يدي دالوز ١ لفظ *action possessoire* - وقارن نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٢٨ مجموعة الكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١ رقم ١١٧ .

وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض إذا قطعت شركة الكهرباء أو الغاز من المشترك الكهرباء أو الغاز ، لوجود عقد بين الشركة والمشارك هو الذي يحكم العلاقة فيما بين الطرفين (نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦٤) .

الشخص الذي صدرت منه أعمال التعرض . ويحل محل المتعرض خلفه العام ،
أى ورثته . فتوجه إليهم الدعوى بعد موت المتعرض (١) .

ولا يحول دون أن يكون المتعرض هو المدعى عليه أن يكون فى تعرضه
قد عمل لصالح الغير أو بأمر منه ، كما إذا كان التعرض قد صدر من المستأجر
أو الوكيل بأمر من المؤجر أو من الموكل أو لصالحه (٢) . وليس للمستأجر
أو الوكيل أن يطلب إخراجه من دعوى منع التعرض بحجة أنه إنما عمل بأمر
من المؤجر أو من الموكل ، بل يبقى خصماً فى الدعوى وله أن يدخل المؤجر أو
الموكل فيها ضامناً .

وإذا كان المطلوب فى دعوى منع التعرض تخلية العقار أو إعادة الحالة
إلى أصلها ، فإن الدعوى يمكن أن ترفع على الغير الذى انتقل إليه العقار ،
ولو كان هذا الغير حسن النية لا علم له بالتعرض . فيطالبه المدعى بالتخلية
أو باعادة الحالة إلى أصلها كما كان يطالب المتعرض نفسه ، ولكن لا يطالبه
بتعويض عن الضرر الذى أصابه إلا إذا أثبت أنه سىء النية . وإذا كانت
دعوى استرداد الحيازة يمكن أن ترفع على الغير ولو كان حسن النية (٣) ،
فالولى أن يكون هذا صحيحاً بالنسبة إلى دعوى منع التعرض التى هى أكثر
عينية (٤) .

٣٣٧ — المدة التى ترفع فى مهولها دعوى منع التعرض : وقدرأينا (٥).

أن المادة ٩٦١ مدنى تقضى بأن « من وقع له تعرض فى حيازته ، جاز له أن
يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض » . فدعوى منع التعرض
يجب أن ترفع فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض . وإذا كان التعرض
أعمالاً متعاقبة ، سرت مدة السنة من وقت أول عمل من هذه الأعمال يظهر فيه

(١) أوبرى وردو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريير وبيكار ٢ فقرة ٢٠٣

(٢) أوبرى وردو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريير وبيكار ٢ فقرة ٢٠٣ -

نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١٠ - ١ - ٤٩٨ .

(٣) أنظر آتفاً ص ٩١٨ .

(٤) أوبرى وردو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - ص ٢١٩ - بلانيول وريير وبيكار .

٢ فقرة ٢٠٣ .

(٥) أنظر آتفاً فقرة ٢٢٨

بوضوح أنه يتضمن تعرضاً لحيازة المدعى (١) . وقد تكون أعمال التعرض المتعاقبة مستقلة بعضها عن بعض بحيث يعتبر كل عمل منها تعرضاً قائماً بذاته ، فتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال ، وتسرى مدة السنة بالنسبة إلى كل دعوى منها من وقت وقوع العمل الذي أنشأها ، فتسرى هذه المدة بالنسبة إلى آخر دعوى من وقت وقوع آخر عمل من أعمال التعرض المستقلة (٢) . وإذا كان التعرض مبنياً على تصرف قانوني ، سرت السنة من وقت وقوع التصرف الذي اعتبر تعرضاً (٣) . وإذا كان التعرض عملاً قام به المدعى عليه في ملكه هو ، فلا تسرى السنة في دعوى منع التعرض إلا من الوقت الذي يتقدم فيه هذا العمل حتى يصبح تعرضاً واقعاً على حيازة المدعى (٤) . ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع (٥) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام

(١) قرض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سير ١٩٠٤ - ١ - ٥٠١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٣٠ - ١ - ٣٠٤ - ٩ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٢٩٤ .

(٢) قر ٩ أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٦ ص ٢٠٠ .

(٣) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٦ ص ١٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ ققرة ١٨٨ - قرض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٣١ .

(٤) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٦ ص ٢٠٠ - أما إذا كانت الدعوى التي يرفضها المدعى في هذه الحالة هي دعوى وقف الأعمال الجديدة لدعوى منع التعرض ، فإن السنة تسرى ، كما سيأتي ، من وقت البدء بهذه الأعمال . فإذا فات المدعى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة في خلال هذه المدة ، كان له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت تقدم الأعمال حتى تصبح تعرضاً واقعاً (أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤) .

(٥) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن مدة السنة المشترطة في المادة ٢٦ مرافعات (قديم) علم مضياً على الفعل الصادر من المدعى عليه هي مدة تقادم خاص ، تسرى عليه قواعد الانقطاع التي تسرى على التقادم المسقط المادي (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ هاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١١٨) . وبنت على ذلك أنه إذا رفع واضح اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً بإزالة اليد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة اليد ، فإن هذا الطلب إذ يعتبر بمجناه ومعناه طلباً بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة . والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة لا يقطع التقادم لأنه لا يؤدي إلا إلى إجراءات وقتية بقصد تأييد الحق فيما بعد فلا يستتبع منه معنى الطلب الواقع فعلاً للمحكمة بالحق المراد اقتضائه - هذا الدفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضي طلباً خاصاً بموضوع منع التعرض (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٢) . وانظر أيضاً في معنى أن مدة السنة مدة تقادم يرد عليها الوقت والانقطاع استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٢ .

في مدة السنة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة ، فتحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك (١) .

٣٣٨ - ما يحكم : في دعوى منع التعرض : إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض على الوجه الذي أسلفناه ، حكم للمدعى وهو الحائز للعقار ببقائه في حيازته (la maintenue possessoire) ومنع التعرض له في هذه الحيازة (٢) . وقد يقتضى ذلك الحكم بآزالة أعمال قد تمت ، ويهدم بناء قد أقيم أو إقامة بناء قد هدم ، وبإعادة الشيء إلى أصله (٣) . ويستوى في ذلك أن تكون أعمال التعرض قد تمت في عقار المدعى ، أو في عقار المدعى عليه ، أو في عقار الغير (٤) . على أنه لا يجوز للقضاء العادى ، كما قدمنا (٥) أن يحكم بآزالة أشغال عامة أقامتها جهة الإدارة ، إذا كان هذا الحكم ينطوى على إلغاء قرار إدارى أو تعطيل تنفيذه .

وبحكم قاضى الحيازة بمنع التعرض على الوجه سالف الذكر ، حتى وكان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المتعرض سيفوز في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . ذلك لأن قاضى الحيازة لا شأن له بالملكية ، ولا يجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى (٦) . ومع ذلك يجوز لقاضى الحيازة ، في هذه الحالة ، أن يمنع المدعى عليه أجلاً يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢١ .

(٢) ولا يجوز للمحكمة أن ترفض دعوى منع التعرض حتى لو ثبت لها أن أعمال التعرض قد انتطعت قبل رفع الدعوى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ولاية قاضى الحيازة في دعوى منع التعرض ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، تتسع لإزالة الأبنية المادية التي يجريها المدعى عليه ، باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض (نقض منق ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ بمجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٥ ص ٢٩٦) . وانظر نقض فرنسى ١٤ يونيو سنة ١٩٤٨ جازيت دي بآلي ١٩٤٨ - ٢ - ٦٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦ - نقض فرنسى ١٧ يناير

سنة ١٨٩٤ سيرييه ٩٦ - ١ - ١١٥ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٦) أنظر مايل فقرة ٣٤٨ وما بعدها .

الشيء إلى أصله ، بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى موضوع الحق أو دعوى الملكية في خلال هذا الأجل (١) .

ويجوز لقاضي الحيازة أن يحكم بغرامة تهديدية (astreintes) على المدعى عليه ، لإجباره على تنفيذ الحكم باخلاء العقار أو بالإزالة أو باعادة الشيء إلى أصله (٢) .

ويجوز لقاضي الحيازة أيضا أن يحكم على المدعى عليه بتعويض الضرر الذي أصاب المدعى من جراء أعمال التعرض التي صدرت من المدعى عليه ، ولو كان ذلك بناء على طلب إضافي يقدمه المدعى في دعوى منع التعرض . ولا يغير طلب التعويض من طبيعة دعوى منع التعرض في أنها دعوى من دعاوى الحيازة ، حتى لو قرر المدعى عليه أنه لا يتنازع في حيازة المدعى (٣) وإذا ادعى المدعى عليه التعرض ، في دعوى فرعية ، أنه هو الحائز للعقار وقدم أدلة على ذلك ، نظر القاضي فيما إذا كانت حيازة المدعى عليه لا تتعارض مع حيازة المدعى ، وفي هذه الحالة حكم لكل منهما باستبقائه لحيازته وعدم تعرض الخصم الآخر له في هذه الحيازة . أما إذا تعارضت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه في الطريق موضوع النزاع . وكذلك بإزالة البناء الذي أقامه فيه المدعى عليه إذا لم يرفع في خلال أجل معين دعوى بملكته الطريق ونحو حق ارتفاق المرور عليه للمدعى ، فإن هذا الحكم لا يجعل تنفيذ الإزالة مرهوناً بنتيجة الفصل في دعوى الحق ، بل يجعله مرهوناً بأمر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق في خلال أجل معين ، وليس في هذا القضاء مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات . ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض تتسع لإزالة الأعمال المادية التي يجريها المدعى عليه باعتبار أن قضاء في هذه الحالة هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، إلا أن له في هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة ، فيقضي بها أو يقرن قضاءه في خصوصها بأجل يحدده المدعى عليه ليرفع في خلاله الدعوى بالحق (نقض ملق ١٣ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٤٩) - وانظر أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول ورييرويكار ٣ ققرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٨٧٩ سيرة ٨٠ - ١ - ١٠٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول ورييرويكار ٣ ققرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٣ - ١ - ٣٤١ .

(٣) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٧ ص ٢٣٤ - نقض فرنسي ٩ يونيو سنة ١٨٨٥ سيرة ٨٧ - ١ - ١١٩ - ١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٧ سيرة ١ - ١ - ٢١١ .

الحيازتان ، فان القاضى يفاضل فيما بينهما ، ويقضى لمن كانت حيازته أفضل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . فاذا تعادلت الحيازتان ، ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحداهما على الأخرى جاز للقاضى أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين . ويجوز له أيضا ، إذا لم يربح بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين ، أن يحكم بأن يلجأ الخصمان إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . وقد يقيم في هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته ، أو يقيم أحد الخصمين حارسا على العقار على أن يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء ، فيكون لهذا الخصم حراسة موقته مقرنة بالتزام بتقديم حساب عن الغلة (٢)

§ ٣ - دعوى وقف الأعمال الجديدة

(La dénonciation de nouvel oeuvre)

٣٣٩ - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٢ مدنى على ما يأتى :

- ١ - من حاز عقارا واستمر حائرا له سنة كاملة ، وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال ، بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم يتقضى عام على البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر .
- ٢ - وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها ، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها لإصلاحا للضرر الذى يصيب الحائر إذا حصل على حكم نهائى لمصلحته (٣)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - بلانيول وريير وبيكار ٢

فقرة ٢٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم

٩٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٧ - ص ٤٨٠) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

وهذا النص يعرض لدعوى وقف الأعمال الجديدة ، وهي الدعوى الثالثة والأخيرة من دعاوى الحيازة . وهي تتميز عن دعوى استرداد الحيازة بأن الحيازة فيها لا تنزع من الحائز ، وعن دعوى منع التعرض بأن الأعمال التي تصير فيها من المدعى عليه ليست بأعمال تعرض قد وقع فعلا ، بل هي أعمال تكون تعرضا لو أنها تمت (٣) . ونبحث في شأنها ، كما بحثنا في شأن دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ، المسائل الآتية (١) : المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . (٢) المدعى عليه في هذه الدعوى . (٣) المدة التي ترفع الدعوى في خلالها . (٤) ما يحكم به القاضى في هذه الدعوى .

٣٤٠ — المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . إحصاء : المدعى في

هذه الدعوى هو نفس المدعى في دعوى منع التعرض . فهو الحائز للعقار ،

(١) ولكن أنظر م ٢٦ ققرة ٢٩ ققرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ونصها : ويحكم (القاضى الجزئى) أيضاً فى الدعوى الآتية ببيانها ويكون حكمه انتهائياً : (ثالثاً) الدعوى المتعلقة بالمتازعة فى وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تقض عليه سنة قبل رفع الدعوى .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر المواد ١٣ و ٤٨ - ٤٩ و ٥١ من

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : آنفاً ص ٩١٢ هامش ١ وص ٩٢٦ هامش ٤) .

(٣) فدعوى وقف الأعمال الجديدة هي إذن دعوى مستقلة من دعاوى الحيازة ، وقد أفردها التقنين المدني المصرى نصاً مستقلاً ، واعتبرها القضاء الفرنسى دعوى مستقلة (نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٧ - ٧ أبريل سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٢٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٦٥) - وانظر أوبرى ورو ٢ ققرة ١٨٨ ص ٢٢٧ هامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٢٠٥ .

ويجب عليه أن يثبت أن حيازته خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (١) . ويجب أن يثبت كذلك أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، أى أنه يجوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة ، وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط أن يكون الحائر حسن النية . ويشترط أن تكون حيازة المدعى قد دامت سنة كاملة على الأقل ، وتنص على ذلك صراحة المادة ٩٦٢ / ١ مدنى كما رأينا (٢) إذ تقول : « من حاز عقارا واستمر حائرا له سنة كاملة » . وللمدعى ، فى حساب السنة ، أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما أو خلفا خاصا .

وجميع ما بسطناه فى شأن المدعى فى دعوى منع التعرض ينطبق على المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (٣) .

٣٤١ - المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة : والمدعى عليه

فى دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الشخص الذى يبدأ أعمالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا وقع فعلا على حيازة المدعى ، ولكن هناك من الأسباب المعقولة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضا كاملا لحيازة المدعى . فى حين أن دعوى منع التعرض تحمى الحيازة من تعرض حال وقع فعلا كما رأينا ، إذا بدعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة من تعرض مستقبل على خطر الوقوع . مثل ذلك أن يبدأ شخص بناء حائط فى حدود أرضه أو إقامة بناء ، لو أنه مضى فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره أو لسد مطلا لجاره ، ولنجم عن ذلك تعرض لحيازة الجار للعقار المجاور أو للمطل . فالمدعى عليه ، وهو لا يزال آخذا فى بناء الحائط أو إقامة

(١) تقضى فرنسى ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ سيري ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٣٢٩ .

(٣) أنظر آنفاً ققرة ٣٢٩ .

البناء ، لم يسد بعد النور والهواء أو المطل على جاره . ومن ثم لا يكون هناك عمل لرفع دعوى منع التعرض ، لأن التعرض لما يقع . ولكن يكون هناك عمل لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فيصدر قاضي الحيازة حكماً بوقف بناء الحائط أو بوقف إقامة البناء إلى أن يفصل في دعوى موضوع الحق (١) .

ويشترط في الأعمال التي يجب طلب وقفها بدعوى وقف الأعمال الجديدة أبران :

(الأمر الأول) أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم . وذلك لأنها لو تمت لوقع التعرض فعلاً ، ولكان الواجب في هذه الحالة ليس رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، بل رفع دعوى منع التعرض . على أنه يجب أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال ، لنجم عنها تعرض فعلي لحيازة المدعى . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ، ويستعين في ذلك بالمعينة ، وقد يستعين برأي الخبراء . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٢ مدني ، كما رأينا (٢) ، صراحة على هذا الشرط إذ تقضي بأن الحائز للعقار إذا خشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال . بشرط ألا تكون قد تمت

(والأمر الثاني) أن تكون هذه الأعمال التي بدأها المدعى عليه قد وقعت في عقاره هو ، لا في عقار المدعى ولا في عقار الغير . وهذا الشرط يستخلص من طبائع الأشياء ، لأن الأعمال لو بدأت في عقار المدعى لكان التعرض حالاً لا مستقبلاً ، ولو بدأت في عقار الغير لكان التعرض لحيازة هذا الغير قد وقع هو أيضاً حالاً لا مستقبلاً ، ولوجب في الحالتين رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة (٣) . بقي أن يكون الغير راضياً بهذه الأعمال أو متواطئاً مع المدعى عليه في شأنها ، وفي هذه الحالة يكون الغير شريكاً للمدعى عليه ، ويستوى إذن أن تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه أو في عقاره هو .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً تم ، بل أعمالاً لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة ، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لوتم لسد النور على مظل لجاره (مجموعة الأعمال التحضيرية: ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) أنظر آتقاً فقر ٣٣٩ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٣٨ .

٣٤٢ - المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة :

وقد رأينا (١) أن المادة ١/٩٦٢ مدني تنص بأن يرفع المدعي دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر . فدعوى وقف الأعمال الجديدة يجب أن ترفع أولاً قبل الانتهاء من الأعمال الجديدة ، لأن هذه الأعمال لو تمت لوقع التعرض فعلاً ولوجب رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة كما سبق القول (٢) . ويجب أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ثانياً في خلال سنة من وقت البدء بهذه الأعمال (٣) .

وتسري السنة من وقت البدء بالأعمال الجديدة كما قدمنا ، فلو كانت أعمالاً متعاقبة سرت المدة من وقت البدء في أول عمل منها فلو انقضت السنة دون أن ترفع الدعوى ، ورفعت بعد ذلك ، لم تكن مقبولة ، حتى لو كانت الأعمال الجديدة لم تتم . ويجب في هذه الحالة على المدعي أن يترصد حتى تتم هذه الأعمال ويقع التعرض فعلاً على حيازته ، وعندئذ يكون له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت وقوع التعرض أي من وقت تمام الأعمال الجديدة (٤) .

ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ومن ثم تسري على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع ، وقد سبق بيان ذلك بالنسبة إلى دعوى إسترداد الحيازة (٥) ، وبالنسبة إلى دعوى منع التعرض (٦) .

٣٤٣ - ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة : والذي يحكم به

القاضي في دعوى وقف الأعمال الجديدة ، ليس هو إزالة الأعمال الجديدة

(١) أنظر فقرة ٣٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٤١ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : «يرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذي بدأ ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم ، فإن تم العمل كانت الدعوى التي ترفع هي دعوى منع التعرض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٤) أنظر أوربى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٧ .

التي بدىء بها كما كان يحكم بذلك لو أن الدعوى كانت دعوى منع التعرض ، بل وقف هذه الأعمال دون إزالتها (١) . وتقضى المادة ١/٩٦٢ مدني بذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول إن للمدعى أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال

ولا تخلو الحال من أحد أمرين :

(١) فاما أن يرى قاضي الحيابة أن المدعى على حق في دعواه ، ويقدر أن هناك أسبابا معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلي لحيابة المدعى لو تمت الأعمال الجديدة . فعند ذلك يحكم القاضي بوقف الأعمال وعدم الاستمرار ، إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى الذي حكم لمصلحته بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى عليه الذي قضى عليه بوقف الأعمال التي بدأها . فاذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، أن المدعى عليه كان هو الحق ، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان على غير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيابة ، جاز أن يحكم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذي أصاب المدعى عليه من جراء وقف الأعمال التي بدأها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى بناء على حكم قاضي الحيابة ضمانا لهذا التعويض .

(٢) أو أن يرى قاضي الحيابة أن المدعى ليس على حق في دعواه لأن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة لم تتوافر ، فيقضى برفض الدعوى ، ومن ثم يستمر المدعى عليه في الأعمال الجديدة التي بدأها إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى عليه المحكوم لصالحه بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى الذي حكم برفض دعواه . فاذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى

(١) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٩ - والقضاء بوقف الأعمال الجديدة هو قضاء مؤقت ، فللمدعى عليه أن يمضي فيها إذا قضى لمصلحته في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٢٩ - نقض فرنسي ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٨٥) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩ .

موضوع الحق ، أن المدعى كان هو الحق وأن اعتراضه على مضي المدعى عليه في الأعمال الجديدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيابة ، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى عليه بناء على حكم قاضي الحيابة ضماناً لهذه الإزالة .

وهذا هو الذي قضت به صراحة الفقرة الثانية من المادة ٩٦٢ مدني ، فهي تنص ، كما رأينا (١) على ما يأتي : « وللقاضي أن يمنع استمرار هذه الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا الوقف متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذي يصيب الحائر إذا حصل على حكم نهائي لمصلحته » (٢) .

وبمخلص مما تقدم أن هناك فروقا ثلاثة بين دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض : (١) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه ، أما في دعوى منع التعرض فقد تكون في عقار المدعى عليه أو في عقار المدعى أو في عقار الغير . (٢) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ هذه الأعمال دون أن تتم ودون أن يقع تعرض فعلي ، أما في دعوى منع التعرض فتم هذه الأعمال ويقع تعرض فعلي . (٣) في دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضى بوقف الأعمال الجديدة دون إلزائها ، أما في دعوى منع التعرض فيجوز أن يقضى . بإزالة هذه الأعمال (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت في الميعاد ، كان للقاضي حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها بكفالة في الحالتين . فتكون الكفالة في الحالة الأولى لضمان التعويض فيما إذا تبين في دعوى الموضوع أن الأعمال التي وقفت كان ينبغي أن تستمر ، وفي الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التي أذن في استمرارها كان ينبغي أن توقف » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩ - ص ٤٨٠) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ - وقد تتحول دعوى وقف الأعمال الجديدة إلى دعوى منع تعرض ، إذا تضمنت الأعمال الجديدة تهديداً خطيراً بأن يقع التعرض -

المطلب الثاني

العلاقة بين الحيازة والملكية

٣٤٤ - مسأله : في العلاقة ما بين الحيازة والملكية ، تقابل ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، ثم نتكلم في العلاقة ما بين الحائز والمالك فيما يختص باسترداد الحائز للمصروفات وبمسئوليته عن الملاك فيما لو ظهر أن الحائز غير مالك .

§ ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية

٣٤٥ - المقابر ما بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية : بسطنا فيما تقدم دعاوى الحيازة الثلاث ، وإلى جانب دعاوى الحيازة (actions possessoires) توجد دعاوى الملكية (actions pétitoires) . والفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن دعوى الحيازة لا تحمي إلا الحيازة في ذاتها ولا شأن لها بالملكية أي بموضوع الحق ، أما دعوى الملكية فعلى العكس من ذلك تحمي الملكية أي موضوع الحق ولا شأن لها بالحيازة إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية . وقد قدمنا أن دعاوى الحيازة الثلاث يقابلها دعاوى ملكية ثلاث : فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق ، ويقابل

سفعلا لوتمت هذه الأعمال ، وعند ذلك يجوز للقاضي أن يأمر بإزالة الأعمال الجديدة لا يوقتها تحسب على اعتبار أن هذا التهديد الخطير قد حول الدعوى إلى دعوى منع تعرض يجوز الحكم فيها بالإزالة (بازو فقرة ١٤٦٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ action pome noire فقرة ١١٧ - فقرة ١٢٣ - نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٦) .

وتختلف دعوى وقف الأعمال الجديدة عن الطلب المستعجل . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن دعوى وقف الأعمال الجديدة تعد من دعاوى وضع اليد على عقار أو حق عيني عقارى ، وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ، ويقتضى الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية ، وتوافر أركانها والشروط اللازمة لهايتها . وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستعجل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس ، إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقى ، يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت . والحكم الذى يصدره القاضى المستعجل في هذا الشأن هو قضاء بأجراء وقى لا يمس أصل الحق (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠ ص ١٤٧) .

دعوى منع التعرض في الحيازة دعوى منع التعرض في الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة ، دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا بعدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لمالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا خشي تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه » (١) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، « اكتفاء بالقواعد العامة » (٢) .

وقد سبق أن قررنا في صدد دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ما يأتي : « ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضي إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضي أن يثبت المدعى ملكيته للشيء ، وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمي بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قلنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة في العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها في كثير من الأحوال » (٣) .

٣٤٦ - إثبات الحيازة - نص قانوني : تنص المادة ٩٦٣ مدني على ما يأتي :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ في الهامش - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هي دعاوى الملكية التي وضعت على غرار دعاوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استعمالا لسهولة إثباتها . فللمالك أن يسترد ملكه من أي يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطلب منع تعرض الغير للملكه ، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضاً . ولكنه في هذه الدعاوى الثلاث يطالب بإثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشاراً هي دعوى الاستحقاق . والأصل في دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه في هذه الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ في الهامش .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٣٧٠ ص ٥٩٨ .

« إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » (١) .

ونخلص من هذا النص أن الحيازة ، وهي تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد ، يكفي في إثباتها مبدئياً لإثبات العنصر الأول وهو عنصر الحيازة المادية . ولما كانت الحيازة المادية هي واقعة مادية ، فانه يجوز لمن يتمسك بأنه حائز لحق معين أن يثبت هذه الحيازة بجميع طرق الإثبات . ويدخل في ذلك البينة ، فيجوز للقاضي أن يحيل الدعوى على التحقيق ، ليثبت من يدعى الحيازة حيازته بالبينة . ويجوز أيضاً أن يقبل القاضي طريقاً آخر للإثبات غير البينة ، فيستخلص من وقائع الدعوى والأوراق والمعاينة ثبوت الحيازة المادية أو عدم ثبوتها . وعلى مدعى الحيازة أن يثبت أيضاً خلوها من العيوب ، وأنها حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) . فإذا ظهر أنها حيازة معيبة ، كأن ثبت أن الحائز قد حصل عليها بالإكراه أو في خفاء ، فإنها لا تصلح أن تكون قرينة على وجود الحيازة القانونية .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣٨ في المشروع النهائي بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٣ ، بعد استبدال كلمة « حق » بكلمة « شيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨١ - ص ٤٨٢) ولامقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ - وانظر ، فيما إذا تنازع شخصان حيازة حق ، في قواعد المناضلة ما بين الحيازتين المقررة في المادة ١/٩٥٩ مدني وتنص على أن « الحيازة الأحق بالتفصيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني ، فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت مستنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق التاريخ » . وقد سبق بسط هذه القواعد (انظر فقرة ٣٢٥) .

أما إذا أثبت الحائز الحيازة المادية على الوجه المتقدم الذكر ، قامت هذه الحيازة وحدها قرينة على وجود الحيازة القانونية كاملة ، أى الحيازة مقترنة بعنصر القصد . فعنصر القصد ، أى أن الحائز يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره ، هو إذن يفترض بثبوت الحيازة المادية . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للخصم الآخر أن يدحضها بأن يثبت أن عنصر القصد غير موجود ، وأن الحائز بالرغم من ثبوت الحيازة المادية لديه إنما يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه . كذلك يجوز للخصم أن يثبت أن الحائز إنما تقوم حيازته على عمل من أعمال التسامح ، فينتفى بذلك عنصر القصد .

٣٤٧- إثبات الملكية- نص قانونى : تنص المادة ٩٦٤ مدنى على ما يأتى :

« من كان حائزا للحق ، اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - من كان حائزا لشيء أو للحق ، اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية شخصيا كان أو عينيا ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشيء» ، واستبدلت بكلمة «صاحبه» بعبارة «مالكا له» فى الفقرة الأولى ، وحذفت الفقرة الثانية «اكفاء بالقواعد العامة» . فأصبح النص تحت رقم ٩٦٤ ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٤) . ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى المراقى م ١١٥٧ : ١ - من حاز شيئا اعتبر مالكا له ، حتى يقوم الدليل

على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبية على حق شخص أو على حق عين غير الملكية ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة . (والتقنين المراقى يتفق مع التقنين المصرى فى حكم الفقرة الأولى ، ومع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ومع القواعد العامة فى حكم الفقرة الثانية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وَيُخْلِصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ الْقَانُونَ قَدْ أَقَامَ قَرِينَةَ قَانُونِيَّةً ، إِذْ جَعَلَ مِنْ حِيَازَةِ الْحَقِّ قَرِينَةً عَلَى الْمُلْكِيَّةِ . وَالْقَرِينَةُ غَيْرُ قَاطِعَةٍ ، فَهِيَ تَقُومُ لِصَالِحِ الْحَائِثِ ، حَتَّى يَقِيمَ خَصْمُهُ مَدْعَى الْمُلْكِيَّةِ الدَّلِيلَ عَلَى عَكْسِ ذَلِكَ وَأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ (١) .

وَقَدْ سَبَقَ أَنْ فَصَلْنَا طَرِيقَ إِثْبَاتِ الْمُلْكِيَّةِ ، بَعْدَ أَنْ قَسَمْنَاهَا إِلَى طَرِيقِ إِثْبَاتِ دَلَالَتِهَا يَقِينِيَّةٍ وَطَرِيقِ إِثْبَاتِ دَلَالَتِهَا ظَنِّيَّةٍ . فَالطَّرِيقُ الْأَوَّلِيُّ هِيَ السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ وَالتَّقَادُمُ وَالْحِيَازَةُ ، وَالطَّرِيقُ الْآخَرُ هِيَ قَرَائِنُ قَضَائِيَّةٍ تَثْبِتُ أَحْتِمَالَاتٍ رَاجِحَةً (*probabilités*) كَسَنْدِ التَّمْلِيكِ وَالْمُكَلَّفَةِ وَدَفْعِ الضَّرَائِبِ وَخَرِيطَةِ فِكِ الزَّمَامِ وَالتَّسْجِيلِ . وَقَدْ تَعَارَضَ طَرِيقُ الْإِثْبَاتِ ، فَإِذَا قَدِمَ كُلُّ مِنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دَعْوَى الْمُلْكِيَّةِ طَرِيقَ إِثْبَاتِهِ وَتَعَارَضَتْ هَذِهِ الطَّرِيقُ ، فَهَنَّاكَ طَرِيقَانِ قَاطِعَا الدَّلَالَةِ فِي الْمُلْكِيَّةِ هُمَا السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ وَالتَّقَادُمُ الْمَكْسَبُ . فَتَى اسْتَطَاعَ الْخَصْمُ أَنْ يَثْبِتَ مِلْكِيَّتَهُ عَنْ طَرِيقِ السَّجَلِ الْعَيْنِيِّ ، إِذَا كَانَ هَذَا السَّجَلُ سَارِيَا فِي الْمُنْطَقَةِ الَّتِي فِيهَا الْعَقَارُ الْمُنَازَعُ فِيهِ ، كَانَ هُوَ الْمَالِكُ . فَإِذَا لَمْ يَكُنِ السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ سَارِيَا ، وَاسْتَطَاعَ الْخَصْمُ أَنْ يَثْبِتَ أَنَّهُ تَمْلِكُ الْعَقَارِ الْمُنَازَعُ فِيهِ بِالتَّقَادُمِ ، كَانَ هُوَ الْمَالِكُ . فَإِذَا لَمْ يَكُنِ السَّجَلُ الْعَيْنِيُّ سَارِيَا ، وَلَمْ يَسْتَطِعِ الْخَصْمُ أَنْ يَثْبِتَ الْمُلْكِيَّةَ بِالتَّقَادُمِ ، فَالْصُّورَةُ الْمَأْلُوقَةُ الَّتِي تَبْقَى بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ هُوَ الْحَائِثُ لِلْعَقَارِ . فَيَتَمَسَّكُ بِالْحِيَازَةِ قَرِينَةَ قَانُونِيَّةً عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ ، وَيَلْتَقِي عَلَى عَاتِقِ خَصْمِهِ عِبَاءُ دَحْضِ هَذِهِ الْقَرِينَةِ . فَإِذَا لَمْ يَقْدَمْ الْمَدْعَى قَرِينَةَ تَدْحِضِ قَرِينَةَ الْحِيَازَةِ ، رَفَضَتْ دَعْوَاهُ وَبَقِيَ الْحَائِثُ عَلَى حِيَازَتِهِ . أَمَّا إِذَا قَدِمَ الْمَدْعَى قَرِينَةَ تَعَارُضِ قَرِينَةِ الْحِيَازَةِ ، مِنْ سَنْدِ تَمْلِيكِ أَوْ مُكَلَّفَةٍ أَوْ دَفْعِ ضَرَائِبٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَقَدَّرَ الْقَاضِي أَنَّ الْقَرِينَةَ الَّتِي قَدَّمَهَا الْمَدْعَى تَدْحِضُ قَرِينَةَ الْحِيَازَةِ ، حَكَمَ لِلْمَدْعَى بِالْمُلْكِيَّةِ . فَالْقَرِينَةُ الَّتِي تَدْحِضُ قَرِينَةَ الْحِيَازَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَتْرَكَ أَمْرَ تَقْدِيرِهَا إِلَى

(١) أَنْظِرِ الْوَسِيطَ ٨ فُقْرَةَ ٣٧٤ ص ٦٠٤ - ص ٦٠٥ - وَقَدْ قَضَتْ مَحْكَمَةُ النِّقَضِ بِأَنَّ الْحِيَازَةَ مَجْرَدُ قَرِينَةٍ قَانُونِيَّةٍ حُلِّ الْمَلِكِ يَجُوزُ نَقْيُهَا ، فَإِذَا كَانَ الْحُكْمُ قَدْ انْتَهَى إِلَى مَا قَرَّرَهُ مِنْ نَفْسِ مِلْكِيَّةِ حَائِثِ الْأَرْضِ مَوْضُوعِ النِّزَاعِ بِأَسْبَابِ مَوْضُوعِيَّةٍ بَاطِنَةٍ ، فَانْهَ لَا يَكُونُ هُنَاكَ مَعْلَلٌ لِلنَّاسِ عَلَيْهِ بِالْخَطَأِ فِي فَهْمِ أَثَرِ الْقَرِينَةِ الْمُسْتَفَادَةِ مِنَ الْحِيَازَةِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فِي الْمَادَّةِ ٩٦٤ مَدَنِي (نَقَضَ مَدَنِي ٢ فَبْرَايِرِ سَنَةِ ١٩٥٦ مَجْمُوعَةُ أَحْكَامِ النِّقَضِ ٧ ص ٦٢) . وَأَنْظِرِ أَيْضاً اسْتِثْنَاءَ وَطَنِي ٢٧ مَارْسِ سَنَةِ ١٨٩٢ الْحَقُوقِ ٩ ص ١٧٢ - ٢٤ نَوَلِبِرِ سَنَةِ ١٩١٤ الشَّرَائِعِ ٢ رَقْمِ ٩٠ ص ٩٠ .

القاضي ، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فرفض دعوى الملكية ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التي قدمها المدعى هي الأقوى فيقضى له بالملكية (١) .

ويخلص مما تقدم أن القانون قد رسم طريقاً لإثبات الملكية ، واستعان في ذلك بقرينتين قانونيتين : (الأولى) أن الحيازة المادية قريبة على الحيازة القانونية ، إلى أن يثبت العكس . (والثانية) أن الحيازة القانونية قريبة على الملكية ، إلى أن يثبت العكس . فيستطيع الخصم الذي يتمسك بأنه هو المالك أن يبدأ بإثبات حيازته المادية ، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، وعند التنازع ما بين حيازتين رسم القانون طرق المفاضلة فيما بينهما على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (٢) . فإذا ما ثبتت الحيازة المادية ، كانت هذه الحيازة قريبة على الحيازة القانونية ، إلا إذا أقام الخصم الآخر الدليل على العكس . أما إذا لم تدحض هذه القرينة وثبتت بذلك الحيازة القانونية ، فإن هذه الحيازة تكون هي بدورها قريبة على الملكية ، وذلك بشرط ألا يحتاج الحائر بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة (٣) . وإذا قامت الحيازة القانونية قريبة على الملكية ، فإن

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤ - فقرة ٣٧٦ - وانظر في القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي في المفاضلة ما بين طرق إثبات الملكية التي يقدمها كل من الخصمين عند التعارض ما بين هذه الطرق في الصور الثلاث لهذا التعارض الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٦٤ مدني يتضمن فقرة ثانية تقضى بهذا الحكم الأخير ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « وإذا ادعى الحائر أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قريبة وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائر أن يحتاج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (أنظر آنفاً فقرة ٣٤٦ في الهامش) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص المهنوف ما يأتي : « ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قريبة على الملكية إذ لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائر ، أما إذا كان هذا خلفاً لذلك فلا يجوز أن يحتاج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة . فالمستأجر مثلاً لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه قرينة على الملكية . بل إن عقد الإيجار هو الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزاً لالحق الملكية ، بل لحق شخصي هو حقه كاستأجره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤) .

للخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أنه هو المالك . وقد وضع القضاء عند النزاع في طرق إثبات الملكية ، كما وضع القانون عند النزاع في طرق إثبات الحيازة ، قواعد للمقابلة ما بين طريقة وأخرى . (١) .

٣٤٨- عزم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية : وهناك

قاعدة هامة في خصوص العلاقة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، وهي تقضى بعدم جواز الجمع بين الدعويتين . وقد نصت المادة ٤٨ من تقنين المرافعات على هذه القاعدة ، وهي تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط إدعائه بالحيازة . ولا يجوز من المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصير فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه . وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ - وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « إذا ثبتت الحيازة تكون قرينة على الملكية ، فيفرض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس . لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً في دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك في ثبوتها . لذلك يقتضى الأمر إيجاد قرينة أخرى هي الحيازة المادية التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح . فن أثبت أن هذه هذه الحيازة المادية ، تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية . وعلى من ينزاعه أن يثبت أنه والحائز ، وأن هذه الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلاً ، أو كانت غير مقررة بالعنصر المعنوي . ويتبين من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه ، له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية ، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها ، وفي هذا تيسير كبير لإثبات الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣) .

(٢) ويقابل هذا النص في مشروع تقنين المرافعات الجديد المادة ٤٤ من هذا المربع ، وهي مطابقة لنص المادة ٤٨ مرافعات فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . ويقابل النص في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبني النصوص الآتية : م ٤٤ : إن الدعاوى العينية المقارية تدعى ملكية عندما يراد بها إثبات ملكية حق عيني ، وتدعى تصرفية تقتصر تقتصر على إثبات التصرف بحق عيني . م ٤٥ : من أقام الدعوى الملكية لاتقبل منه فيما بعد الدعوى التصرفية ، أما الذي يقيم الدعوى التصرفية ويخبرها فيجوز له أن يقيم الدعوى الملكية . م ٤٦ : لا يجوز للمحكمة المرفوعة لديها الدعوى التصرفية أن تبني حكمها على أسباب تتعلق بالملكية . م ٤٧ : لا يجوز إقامة الدعوى الملكية والدعوى التصرفية في وقت واحد ، فالمحكمة التي تقام لديها دعوى تتعلق بحق الملكية وبحق التصرف معاً يجب عليها أن تعلن عدم صلاحيتها في القسم الذي لايجوز لها أن تنظر فيه .

ونرى من هذا النص أن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى ، وتلزم المدعى عليه ، وتلزم القاضى (١) . ثم إن الحكم الصادر فى دعوى الحيازة لا تكون له حجية فى دعوى الملكية . فهذه مسائل أربع ، نستعرضها تباعاً .

٣٤٩ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلزم المدعى : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٤٨ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة » . ويمكن أن تتصور فى هذا الصدد أن المدعى طالب فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى موضوع الحق وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة . ففى هذه الفروض الثلاثة جميعاً ، يكون المدعى قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أى دعوى موضوع الحق ، وهذا لا يجوز ، ويسقط الادعاء بالحيازة كما يقول النص أى تصبح دعوى الحيازة غير مقبولة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصور بدعوى أصل الحق ، التى نص فى المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة ، هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥١٧) . وقضت أيضاً بأن الأساس الأصل لدعوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية ، فلا محل للعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يمسك به الخصوم من مستندات ، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستثناس يستخلص منها القاضى كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفها ، وبشرط ألا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصوداً لتحرى الحق . وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى ، فلا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولأن يقيم القاضى حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه . وإذن فانه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم فى دعوى الحيازة ، والبت فى شأنها بالصحة أو بالتزوير ، لما فى ذلك من المساس بالحق وجوداً وعدماً (نقض مدنى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب القنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٢ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - استئناف مخطط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

فى القرض الأول ، إذا طالب المدعى فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، فإن هذا لا يتأتى إلا إذا كان القاضى الجزئى المختص بنظر دعوى الحيازة مختصا أيضا بدعوى الملكية ، وهذا نادر (١) . والغالب أن تجاوز دعوى الملكية نصاب القاضى الجزئى ، فإذا رفعت أمامه حكم بعدم الاختصاص بنظر دعوى الملكية ، وبعدم قبول دعوى الحيازة لأن رفع دعوى الملكية ولو أمام محكمة غير مختصة يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة كما سئى . أما إذا كان القاضى الجزئى مختصا بنظر دعوى الملكية ، ورفع المدعى دعوى الحيازة وطالب بالملكية فى نفس الدعوى ، فإن القاضى ينظر طلب الملكية لأنه مختص بنظره ، ويحكم فى دعوى الحيازة بعدم القبول لأن رفع دعوى الملكية يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة (٢) .

وفى القرض الثانى ، إذا رفع المدعى دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الملكية ، فإن رفعه لدعوى الملكية قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة يعتبر نزولا منه عن دعوى الحيازة ، فيقضى بعدم قبول هذه الدعوى ، ولا تنظر إلا دعوى الملكية (٣) .

وفى القرض الثالث ، إذا رفع المدعى دعوى الملكية وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة ، حتى لو نزل عن دعوى الملكية ، فإن دعوى الحيازة تحكم بعدم قبولها ، لأن رفع دعوى الملكية قبل ذلك يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة (٤) . وغنى عن البيان أنه لا يتصور أن يفصل فى دعوى الملكية ، ثم يرفع المدعى دعوى الحيازة بعد ذلك . ذلك لأنه إذا فصل فى دعوى الملكية

(١) أما إذا أصبح المشرع الجديد لتقنين المرافعات قانوناً ، فإن هذا الأمر لا يكون نادراً ، بل يكون هو الذى يقع فى العادة . فقد قلنا أن هذا المشرع لا يجعل دعوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئى بل يخضعها لقواعد العامة للأختصاص ، فتصبح دعوى الملكية ودعوى الحيازة كلتاهما من اختصاص محكمة واحدة .

(٢) أنظر أوبرى ورو ٢ ققرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٢ .

(٣) استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٨ - أوبرى ورو ٢ ققرة

١٨٦ ص ٢١٣ .

(٤) استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦

م ١٨ ص ٢٥٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ - ١٨ يناير ١٩٤٥ م ٥٧

لصالح المدعى لم يعد في حاجة إلى دعوى الحيازة ، وإذا قضى فيها لغير صالحه فلا يجديه أن يرفع دعوى الحيازة (١) .

فالواجب إذن أن يقتصر المدعى على رفع دعوى الحيازة ، أو على رفع دعوى الملكية . فإذا كانت حيازته ثابتة وتوافرت شروطها ، اقتصر على رفع دعوى الحيازة (٢) . فإذا ما قضى لصالحه في دعوى الحيازة ، بنى على حيازته ، وعلى خصمه أن يرفع دعوى الملكية فيكون هو باعتباره حائزاً مدعى عليه فيها . أما إذا لم تكن حيازته ثابتة أو غير متوافرة الشروط ، اقتصر على رفع دعوى الملكية على الحائز ، وعليه في هذه الحالة أن يثبت الملكية لا الحيازة (٣) . ويخلص مما تقدم أن رفع المدعى لدعوى الملكية ، وإن كان لا يتضمن اعترافاً منه بأن الحيازة عند خصمه ولا نزولاً منه عن التمسك بمزايا الحيازة ، إلا أنه يتضمن نزولاً منه عن استعمال دعوى الحيازة (٤) . ويلاحظ في هذا الصدد : (أولاً) أن رفع دعوى الملكية هو الذي يتضمن الترول عن دعوى الحيازة ، فاية دعوى أخرى يرفعها المدعى لا تتضمن هذا الترول ، والوصف القانوني للدعوى بأنها دعوى ملكية يخضع لرقابة محكمة النقض (٥) . وعلى ذلك

(١) استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه ، فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع ، إذ أن هذا لا يجوز إقامته في دعوى وضع اليد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٦) . ولا يقبل من المدعى عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفي الحق (نقض مدني ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) .

(٣) وإذا رفعت دعوى الملك لم يجوز بعد ذلك رفع دعوى الحيازة (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٩) . ولا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية طلب المعاينة من الرسوم توطئة لرفع دعوى الملكية ، مادامت هذه الدعوى لم ترفع بالفعل (استئناف مخطوط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥) .

(٤) أوربري ودر ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ هاش ٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠١ - أنسيكلو يدي دالوز ١ للفظ action possessoire فقرة ٢٧ - فقرة ٣١ - نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ١٧٤ .

(٥) نقض فرنسي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤١٧ - ٢٠ أبريل

سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥٠١ .

لا يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته (١) ، أو رفعه دعوى مستعجلة باتخاذ بعض إجراءات تحفظية (٢) . ولكن يكفي أن ترفع دعوى الملكية ليتضمن رفعها نزولا عن دعوى الحيازة ، حتى لو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٣) ، وحتى لو ترك المدعى الخصومة بعد رفع الدعوى (٤) . (ثانياً) أن رفع دعوى الملكية إنما يكون نزولا عن دعوى الحيازة التي يكون سببها راجعا إلى تاريخ سابق على رفع دعوى الملكية ، أما إذا كان سبب دعوى الحيازة لا حقا لرفع دعوى الملكية فبدى أن دعوى الملكية لا تتضمن نزولا عن سبب جد بعد رفعها (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته ، في أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها ، لا يعتبر جمعا بين دعوى اليد ودعوى الملك بما يسقط حقه في الادعاء بالحيازة . ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك ، غير أن السند القانوني المنشئ للملكية فيها هو الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفع ، الذي لا يمكن أن يكون مالكا أو يدعى ثبوت الملك قبل الحكم له بأحقية تملك العقار المبيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٥ : ويلاحظ أن محكمة النقض هنا سارت على مذهبها من أن الحكم بالشفعة سبب منشئ للملكية ، فيستقيم حكمها بأن دعوى الشفعة ليست بدعوى الملكية) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً في هذا المنى بأن رفع دعوى الشفعة لا يعتبر رفعا لدعوى الملكية ، وعلى ذلك لا يمنع من رفع دعوى الحيازة (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٣) .

(٢) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٨١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ١١٦ - ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٥٦ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ وهامش ٤٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيرييه ١٩٥ - ١ - ٩٩ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل التعرض للحيازة بعد رفع دعوى الملك ، فإن لمدعى الملكية أن يلحق بدعوى الملكية دعوى الحيازة بعد أن استجد سببها (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥) - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠ ص ٤٤ وانظر كذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ١٥٩ - ٧ يولييه سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٦٧٨ .

٣٥٠ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلتزم المرعى عليه : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتي : « ولا يجوز من المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها ، إلا إذا تحلى بالفعل عن الحيازة لخصمه » . ويؤخذ من هذا النص أن المدعى عليه يلتزم بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين :

(الناحية الأولى) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى إلا بدفع مستمد من الحيازة ذاتها ، بصرف النظر عن موضوع الحق . فلا يستطيع أن ينكر على المدعى حيازته بدعوى أنه هو المالك فيجب أن تكون عنده الحيازة ، لأن في هذا الدفع جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . وإنما يستطيع أن يدفع دعوى الحيازة بأن الحيازة غير ثابتة للمدعى ، أو بأنها لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، أو بغير ذلك من الدفوع التي ترجع إلى الحيازة لا إلى الملكية .

(الناحية الثانية) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فإنه لا يستطيع ، قبل أن يفصل في هذه الدعوى ، أن يرفع هو دعوى الملكية على المدعى في دعوى الحيازة . ذلك لأنه يجب أن يربص حتى يقضى في دعوى الحيازة حتى لا يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، فاذا حكم في دعوى الحيازة لصالح المدعى وجب عليه أيضا أن ينفذ الحكم كاملا وألا يضيغ على خصمه الحيازة التي قضى له بها (٢) . وبعد ذلك ، أي بعد أن يستقر خصمه في

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١ ص ٢٠٠ - وانظر م ١/٢٧ مرافعات فرنسي . وتزيد المادة ٢/٢٧ مرافعات فرنسي أنه إذا أبطأ المدعى الذي حصل على حكم لصالحه في دعوى الحيازة في تنفيذ هذا الحكم ، فشل بذلك المدعى عليه من أن يرفع دعوى الملكية ، جاز لهذا الأخير أن يحصل من محكمة دعوى الملكية على تعيين أجل ليقوم المدعى في أثناءه بتنفيذ الحكم ، وتقبل دعوى الملكية بمجرد انقضاء هذا الأجل (أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١) . ولا يوجد نص مقابل في القانون المصري فطبق القواعد العامة ، وقد نصل في تطبيقها إلى نفس النتيجة .

حيازته ، يستطيع هو أن يرفع عليه دعوى الملكية . فإن رفعها قبل ذلك ، أى قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة أو قبل أن ينفذ الحكم الصادر لمصلحة خصمه فى هذه الدعوى ، فإن دعوى الملكية التى يرفعها لا تكون مقبولة (١) ، إلا إذا تحلى بالفعل عن الحيازة لخصمه (٢) .

هذا إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الحيازة . أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الملكية ، فإن المدعى عليه فى هذه الدعوى يستطيع ، قبل الفصل فيها ، أن يرفع دعوى الحيازة ، سواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا على رفع دعوى الملكية أو لاحقا لرفع هذه الدعوى . وهذا بخلاف المدعى فى دعوى الملكية فقد رأينا (٣) أنه لا يستطيع رفع دعوى الحيازة إلا إذا كان سبب هذه الدعوى لاحقا لرفع دعوى الملكية ، إذ أن رفع المدعى لدعوى الملكية يتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة كما سبق القول . وترجع العلة فى التفريق فى دعوى الملكية ما بين المدعى والمدعى عليه على النحو المتقدم ، أن المدعى هو الذى رفع دعوى الملكية باختياره ، فيحمل هذا منه على نزول ضمنى عن دعوى الحيازة ، بخلاف المدعى عليه فهو لم يرفع دعوى الملكية بل رفعها عليه المدعى ، فلا يجوز أن يحرمه المدعى بفعله من حقه فى رفع دعوى الحيازة (٤) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن الدعوى تكون مقبولة ، ولكن يؤجل إجراء السير فيها حتى يفصل فى دعوى الحيازة وينفذ الحكم (نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ - ١ - ١٢٣) . ولكن نص تقنين المرافعات المصرى صريح فى أن الدعوى تكون غير مقبولة : « ولا تقبل دعواه بالحق . . . » . ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى رأى الذى أخذ به تقنين المرافعات المصرى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٥ : ولا يجعلان لرفع دعوى الملكية قبل الفصل فى دعوى الحيازة وقبل تنفيذ الحكم أثرا إلا فى قطع التقادم إذا تبين أن المدعى فى دعوى الحيازة لم يرفع هذه الدعوى إلا ليترقل رفع دعوى الملكية حتى يمتنع قطع التقادم) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - وانظر مارتى وريينو فقرة ٢٠٨ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٢ - فقرة ٣٤ - نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ٩٩ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٤٩ .

(٤) استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٦ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ وهامش ٤٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٥ - ١ - ١٠٣ .

٣٥٩ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

نلزم القاضي : رأينا (١) أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتي : وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق ونفيه . . ويعني ذلك أن القاضي يتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين : .

(الناحية الأولى) أن القاضي لا يستطيع أن يبنى حكمه في دعوى الحيازة ، قبولاً أو رفضاً ، على أسباب يستمدّها من موضوع الحق (٢) . فيجب عليه أن يبنى الحكم على أسباب مستمدة من الحيازة ذاتها ، ومن أنها استوفت شروطها . فاذا استند في إجابته لطلب المدعى في دعوى الحيازة على أنه هو المالك ، أو على أن حيازته تستخلص من سند ملكيته ، أو على أنه قد قضى له بالملكية بموجب حكم سابق ، كان هذا جماعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٣) . كذلك يعتبر جماعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة بعد أن ثبتت له الحيازة مستوفية

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٥ - ١ - ١٠٨ - ١٠ يولييه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٥ - ١ - ١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . فاذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيساً على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له ، فإن الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يخوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقاً للمادة ٨١٢ مدني ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى منع تعرض ، وطُلب المدعي الإحالة إلى التحقيق ليثبت انتفاعه بالشارع المتنازع عليه المدة الطويلة المكسبة للملك ، فاجابته المحكمة إلى طلبه هذا وبشرت التحقيق ، ثم عرضت عند انفصل في الموضوع إلى حق الارتفاق على الطريق ، وبنّت على ثبوته بوضع اليد المدة الطويلة قضاها في دعوى التعرض ، ثم أيدت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم آخذة بأسبابه بالرغم من تمسك المدعي عايه بعدم قبول دعوى الحيازة المرفوعة من خصمه بعد أن استعالت إلى دعوى ملك ، فذلك لما فيه من جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك خروج صريح على حكم المادة ٢٩ من قانون المرافعات (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧١ ص ٢٥٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥ . وقضت محكمة

لشرائطها ، مستندا في ذلك إلى أن المدعى عليه إنما كان يستعمل حقا ثابتا له ، أو أنه لم يلحق المدعى أى ضرر من تعرضه (١) . ولكن إذا استند القاضي في حكمه في دعوى الحيازة إلى أن الحيازة ثابتة مستوفية لشرائطها ، وأضاف

« النقض كذلك بأن المادة ٢٩ مرافعات (قديم) ، إذ تنهى عن الجمع بين دعوى اليد ودعوى الحق ، تلزم القاضي إلزامها الخصوم بالتزول على حكمها ، فيتمتع على القاضي أن يقيم حكمه في دعوى اليد على توافر وضع اليد بشروطه القانونية أو عدم توافره ، لأجل ثبوت الحق أو عدم ثبوته . فإذا كان الحكم في دعوى وضع اليد قد اتخذ من ثبوت حق الارتفاق الأساس الوحيد لقضائه بإعادة الطريق محل النزاع إلى حالته الأولى ، فإنه يكون مخالفا للقانون (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٧) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز لقاضي وضع اليد أن يحمل حكمه في دعوى وضع اليد مبنياً في جوهره على أسباب ماسة بأصل حق الملك ، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه في هذه الدعوى منصفاً على تعيين ماهيتها والنظر في توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث للرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصوداً لذاته ، بل يكون على سبيل الارتئاس ، وبالقدر الذي يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد ، الأمر الذي يجب أن يحمله القاضي مناط تقصيه . فإن تجاوز هذا فبحث في الملكية ففناها ، وجعل أساس قضائه و دعوى اليد ما قضى به أصل الحق ، فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٣ - ١ نوفمبر سنة ١٩٣٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٥ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٤٤ رقم ١٢٧ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤١ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٠) . وقضت أيضاً بأن للقاضي في دعاوى وضع اليد أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفياً (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٣ - ٧ يونيو سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٤ - ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩٤ ص ١٢٢٣) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩

ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ١٩٢ - ١٦ أبريا

سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٤ .

مع ذلك تزيدا أسبابا أخرى مستمدة من موضوع الحق ، واقتصر في منطوق الحكم على الحيازة دون موضوع الحق ، لم يكن هذا جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (١) .

(الناحية الثانية) أن القاضي لا يستطيع . في منطوق حكمه في دعوى الحيازة ، أن يمس موضوع الحق . أو أن يجعل الحيازة متوقفة على الملكية لا تنفصل عنها ، أو أن يقضى بوقف الفصل في دعوى الحيازة إلى أن يصدر حكم في الملكية . فلو أن القاضي ، في منطوق حكمه في دعوى الحيازة ، لم يقتصر على الحيازة في ذاتها . بل قضى للمدعى بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استنادا إلى موضوع الحق . كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٢) . كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة على أساس أن الحيازة لا تنفصل عن الملكية . أو دون أن يرفض دعوى الحيازة بوقف الفصل فيها جاعلا من الفصل في الملكية مسألة أولية تسبق الفصل في دعوى الحيازة (٣) .

ولا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يأمر القاضي في دعوى الحيازة بمعاينة محل النزاع (٤) ، أو أن يفحص سندات الملكية المقدمة من الخصوم ليسترشد بها في التعرف على طبيعة الحيازة ومداهها واستيفائها لشروطها (٥) . وتحرى المحكمة من المعاينة والمستندات ما إذا كان العقار المرفوع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ - ص ٢١١ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٨ يولييه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٢٢٣ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٤٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٥٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٣٧٣ .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٢ - ١ - ٢٧٤ - ١٤ مارس سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ١ - ٢٠٨ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٧ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ جازيت دي باليه ١٩٢٢ - ١ - ٣٩٤ - ٩ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٣٩٤ . ويجوز بهذا الشرط فحص سند الملكية ولو كان -

بشأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين المحكمة حقيقة وضع اليد ، وقضاؤها المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يكون حاسماً للتزاع في الملك (١) أما الحيازة ذاتها فيجب أن تثبت من الأعمال المادية المكونة لها ، ولا يصح أن تثبت من سند الملكية وحده فيحل هذا السند محل الحيازة (٢) .

— متنازعاً في صحته (استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٦ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ - ٥ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٠ .

(١) نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٣ - ولا يعتبر جمعاً بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة أن يعين القاضى في دعوى الحيازة خبيراً لتطبيق مستندات الملكية على العقار محل التزاع للتثبت من ذاتية هذا العقار (استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦١) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ - ص ١٩٩ - نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٩٢ - وفحص مستندات الملكية ليس إجبارياً ، فيجوز للقاضي ألا يلجأ إلى هذا الفحص إذا لم يجد داعياً لذلك لتثبت من الحيازة (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - نقض فرنسي ٦ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٦٧) . ولكن الفحص يكون مع ذلك إجبارياً إذا لم يكن منه بد لتعرف على الصفات الحقيقية للحيازة ، كما إذا أراد القاضي التثبت من أن حيازة حق ارتفاق لم تكن حيازة عرضية أو حيازة خفية (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١١ ص ٢١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - أنسيكلو يدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٩ - فقرة ٤٢ - نقض فرنسي ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٩٠٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٤١٥) . وقد قضت محكمة النقض بالاحرج على القاضي في دعوى الحيازة في أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٠ ص ٦٠ - وانظر نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٦ ص ١٣٧ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٢٦ . ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة في دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلاً سائفاً من الأدلة التي ساقها في حكمها ومن المعاينة التي أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها مازالت تستعمل جرنياً عمومياً ، وأنها بذلك تعوض المنافع العامة التي لا يجوز تملكها بوضع اليد ، كان حكمها بعد قبول دعوى الحيازة المرفوعة في شأنها صحيحاً قانوناً . ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع في شأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً أم لا ، ليس فيه جمع بين دعوى الحيازة والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعوى الحيازة أم لا ، حتى إذا رأت

كذلك لا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضي في دعوى الحيازة بالإزالة والتسليم^(١) ، أو أن يأمر في دعوى الملكية بإجراءات وقتية للمحافظة على الشيء محل النزاع^(٢) . ويمكن الحكم في دعوى الحيازة بتعويض ، ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بالملك فان هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة . ولكن بسبب الضرر الذي نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا^(٣) .

= الأمر واضحا في أن المقارن من الملك العام وأن النزاع في شأنه غير جدي قبلت الدفع ، وإلا فصلت في دعوى منع التعرض نازكة للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٩ ص ٢٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض في تطهير مسق وتعميقها على ماثبت لدى المحكمة من تقرير الخبير المعين في الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسق تجاه أرضهم وأن هذا النص يدخل في الأرض المكلفة بأسماهم ، وأن ربه من المسق يرجع إلى مدة تزيد على سنة سابقة على التعرض فان استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعين المسق للرى ذلك يكتفى لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض ، أما ما جاء عن الملكية فليس إلا من قبيل التزيد (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢ ص ٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم ، فلا محل للنمي عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد . ذلك لأن الإزالة هي من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، وذلك بإزالة الأفعال المادية التي أجراها المتعرض كتنوير الأرض ووضع أخشاب وإقامة هيكل ومسرح وغيرها ، مما يعتبر وجودها في ذاته تعرضاً لحيازة واضح اليد مما تتسع ولاية قاضي الحيازة لمنعه متى قامت لديها أسبابه . وكذلك التسليم ، إذ يعتبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الحائز إليه (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٧) .

(٢) ولكنه لا يستطيع الفصل في طلب عارض يكون في حقيقته دعوى حيازة ، ولو عن طريق الأمر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية الوقتية (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٢٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٦ - وانظر في بقاء قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية في القانون الفرنسي بالرغم من صدور دكرينو ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٨ القاضي باختصاص محكمة دعوى الحيازة بالنظر في الدفوع المتعلقة بالملكية : ماري ورينو فقرة ٢١٠ .

٣٥٢ - عدم محية الحكم الصادر في دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى

الملكية : ولا يكون للحكم الصادر في دعوى الحيازة حجية أمام المحكمة التي تنظر دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، وذلك حتى بالنسبة إلى الحيازة ذاتها . فقاضي موضوع الحق ليس مقيدا بحكم قاضي الحيازة فيما يتعلق بثبوت الأعمال المادية المكونة للحيازة ، أو فيما يتعلق بثبوت الصفات المنسوبة إليها (١) .

على أنه يستثنى أمران مما تقدم : (الأمر الأول) إذا فصل قاضي الحيازة في دعوى الملكية أو في دعوى موضوع الحق بالرغم من عدم اختصاصه ، ولم يكن هناك طريق مفتوح للطعن في هذا الحكم ، فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضي (٢) . (والأمر الثاني) إذا حصل الخصم على حكم من قاضي الحيازة بأنه هو الحائز ، كان هذا الحكم حجة بثبوت الحيازة له . فيكون هو المدعى عليه في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، ولا يلتزم إذا كان حسن النية برد الثمار إلا من وقت رفع هذه الدعوى الأخيرة (٣) .

§ ٢ - العرفه ما بين الحائز والمالك

٣٥٣ - ظهور أنه الحائز غير مالك : قد يكون الحائز هو المالك ، وهذا هو الغالب . بل قد تكون الحيازة ذاتها هي سبب كسب الحائز للملكية ، كما هو الأمر في الاستيلاء وقد سبق الكلام فيه ، وكما هو الأمر في كسب الحائز حسن النية للمنقول وكسبه للثمار وسيأتي الكلام فيهما ، وكما هو الأمر في التقادم فيكسب الحائز الملكية بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير طبقاً للأحكام التي سيرد ذكرها .

(١) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٦ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٢) أوبري ورو ٢ ققرة ١٨٦ ص ٢١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٣) أوبري ورو ٢ ققرة ٢٠٦ ص ٢٨٤ هامش ٢٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣

ققرة ١٩٣ ص ٢٠٣ - أنيكلويدى دالوز ١ لفظ action possessoire ققرة ٤٩ - ققرة ٥٠ .

ولكن قد يظهر أن الحائز هو غير المالك ، وأنه لم يكسب الملكية لابلحيازة ولا بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فعند ذلك إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد منه ملكه ، قد يقتضى الأمر أن يسترد الحائز من المالك المصروفات التى قد يكون أنفقها على الشيء عند ما كان فى حيازته ، وقد يقتضى الأمر كذلك أن تتحقق مسئولية الحائز عن هلاك الشيء أو تلفه إذا هلك أو تلف وهو فى حيازته . فتكلم إذن فى مسألتين : (أ) استرداد الحائز للمصروفات (١) . (ب) مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف .

١- استرداد الحائز للمصروفات

٣٥٤- نصوص قانونية : تنص المادة ٩٨٠ مدنى على ما يأتى :

١ - « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يودى إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية » .

٢ - « أما المصروفات النافعة ، فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

٣ - « فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

وتنص المادة ٩٨١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تلى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » .

وتنص المادة ٩٨٢ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون

(١) أما إذا بنى الحائز أو غرس فى الأرض التى حازها ، وتملك صاحب الأرض البناء أو الفراس بالالتصاق ، فقد بطننا تفصيلاً الأحكام المتعلقة بذلك وبماذا يرجع الحائز على المالك تعويضاً عما تكلفه من نفقات فى البناء أو الفراس ، وذلك عند الكلام فى الالتصاق .

الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها ، (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، فيما عدا المادة ٦٠٥ فقرة ٣ و ٧٣١/٣ فقرة ٣ و ٢ من هذا التقنين الأخير ، فإنها تقابل المادة ٩٨٠/٢ و ١ من التقنين المدني الجديد (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٠ - ص ٥٢٢) .

م ٩٨١ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣) .

م ٩٨٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة فقد كانت في المشروع التمهيدي تجرى على الوجه الآتي : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفي مالا توازي فوائده بالسعر القانوني قيمة هذه الأقساط » . وعدلت لجنة المراجعة هذه العبارة إلى ما صارت عليه في التقنين المدني الجديد ، فأصبح النص ، تحت رقم ١٠٥٧ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٠٥ فقرة ٢ و ٧٣١/٣ فقرة ٣ و ٢ : يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية : ... (أولاً) ... (ثانياً) للدائن الذي له حق امتياز ، ولن أوجد تحسناً في العين ويكون حقه من أجل ماسرفه أو ما ترتب على ماسرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال . (ثالثاً) لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها .

(والتقنين المدني السابق لا يحمل المصروفات النافعة ، كما جعل التقنين المدني الجديد ، حكم التعويضات المستحقة في نظير التملك بسبب الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لتقنين المدني الجديد : « وأورد المشروع القاعدة في استرداد المصروفات ، وقرر بعض المسائل الهامة في هذا الموضوع كطالبة الحائز للمسترد بالمصروفات التي دفعها إلى مالك أو حائز سابق ، وكالتيسير على المالك في الوفاء بما يجب عليه رده . أما التقنين الحالي (السابق) فقد انحصر على إيراد القاعدة الأساسية في استرداد المصروفات ، وساقها بطريقة عرضية في صدد الكلام في حق الحبس : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٥٤) »

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣١ - ٩٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(١) .

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أن المالك ، إذا استرد ملكه من الحائز ، يرد إلى هذا الأخير ما أنفق من المصروفات ، ويختلف ما يرده بحسب ما إذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة ، أو مصروفات كمالية . ويرد المصروفات ، ليس فحسب إلى الحائز الذي أنفقها ، بل أيضا إلى خلف هذا الحائز إذا كان هذا الأخير قد أدى لسلفه ما أنفق من مصروفات . وقد يواجه المالك ، من جراء ذلك ، مسئولية عن مبالغ كبيرة يجب عليه ردها للحائز أو لخلفه : فأعطاء القانون الحق في أن يطلب من القاضي أن يقرر ما يراه مناسباً للتيسير عليه في الوفاء بهذا الالتزام . فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلي :

٣٥٥ - المصروفات الضرورية ترد بأكملها : وقد رأينا (٢) أن المادة

٩٨٠ / ١ مدني تلزم المالك الذي يرد إليه ملكه بأن « يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية » . والمصروفات الضرورية هي المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها للمحافظة على الشيء فإذا أنفق الحائز مصروفات لترميم العين ترميماً ضرورياً ، أو دفع ديناً يكفله رهن على العين ، أو أنفق

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٣١ - ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ (توافق م ٩٨٠ مصري ، ولا مقابل في التقنين العراقي للمادتين ٩٨١ - ٩٨٢ مصري) .

قانون الملكية المقارية اللبناني لا مقابل . ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الميرجيات

والمقود اللبناني : لا يلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذي يكون له يوم الإدعاء ، مالم يتضمن القانون نصاً على العكس - ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كان الكاسب من النية وقت الكسب ، فمتدث يصبح مسئولاً عن كل ما كسبه ، أية كانت الحوادث التي تقع بعد ذلك من هلاك أو تفرغ أو تعيب . ويتحمل في هذه الحال جميع المخاطر ، ويلزم برد جميع النتائج التي جناها أو كان يجب أن يجنيها . ولا يحق له إلا المطالبة بالنفقات الضرورية .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

مصرفات لإنقاذ الشيء من حريق يوشك أن يلتهبه ولا يدلّه في هذا الحريق ، فهذه كلها مصرفات ضرورية ، يسرّدها الحائر بأكلها من المالك ولو كان الحائر سيء النية ، لأن المالك كان مضطراً لدفعها لو أن الشيء بقي في حيازته . ويمكن تخريج هذا الحكم على قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذ يرجع الحائر على المالك بأقل القيمتين ، وأقل القيمتين هنا هي المصرفات الضرورية التي أنفقها الحائر إذ هي بطبيعة الحال أقل من قيمة الشيء نفسه .

ولا تدخل مصرفات الصيانة ولا الضرائب التي دفعها الحائر ضمن المصرفات الضرورية ، إذ هي مصرفات عادية أنفقها الحائر للانتفاع بالشيء . وقد انتفع به فعلاً .

٣٥٦ - المصرفات النافعة تسرى في شأنها أحكام الانتفاع : وتقضى

المادة ٢/٩٨٠ مدني ، كما رأينا (١) ، بأن المصرفات النافعة « تسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » . والمصرفات النافعة مصرفات ينفقها الحائر ، لا للمحافظة على الشيء أو لإنقاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به . مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو المياه الجارية أو المجاري في الدار ، وأن ينشئ المرأوى والمصارف في الأرض الزراعية . فهذه مصرفات لم يكن يتعين على المالك إنفاقها لو أن العين بقيت في حيازته ، ولكنها مصرفات زادت في قيمة العين وحسنت من الانتفاع به فهي أقرب ما يكون إلى المنشآت التي يقيمها الشخص في أرض غيره ، فيتملكها صاحب الأرض بالالتصاق في نظير دفع تعويض عن هذه المنشآت . ولذلك ألحقها القانون في الحكم بهذه المنشآت ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني ، وهي النصوص التي تتعلق بمن يقيم منشآت في أرض غيره ، وقد بينا ما تقضي به هذه النصوص تفصيلاً عند الكلام في الالتصاق . فنكتفي هنا بتلخيص هذه الأحكام في إيجاز ، ونحيل في التفصيلات إلى ما سبق أن أوردناه في هذا الشأن :

فاذا كان الحائر حسن النية ، وأنفق مصرفات نافعة ، فعلى المالك أن يرد له أقل القيمتين : ما أنفقه الحائر فعلاً أو مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين

(١) انظر اتفاقاًقرة ٣٥٤ .

بسبب المصروفات . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الإثراء بلا سبب فالمالك يدفع للحائر ما أنفقه هذا الأخير فعلا وهي القيمة التي افتقر بها . أو مقدار الزيادة في قيمة العين وهي القيمة التي اغتنى بها المالك ، أيهما أقل (١) .

وإذا كان الحائر سيء النية ، فللمالك الخيار بين طلب إزالة التحسينات التي أحدثها الحائر ، أو استبقاءها . فإن طلب إزالتها ، وجب أن يكون هذا الطلب في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه المالك بحدوث هذه التحسينات ، وتكون الإزالة على نفقة الحائر مع إلزامه بالتعويض إن كان له وجه . وإن طلب استبقاءها ، وجب عليه أن يدفع للحائر أقل القيمتين : قيمة التحسينات مستحقة الإزالة أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه التحسينات (٢) .

٣٥٧- المصروفات الكمالية لزور : وتقضي المادة ٣/٩٨٠ مدني ،

كما رأينا (٣) ، بأنه إذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائر أن يطالب بشيء منها . ومع ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيا مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . والمصروفات الكمالية هي مصروفات لا تعود بكبير نفع على العين ذاتها . ولكنها تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذي يريده الحائر لاستمتاعه الشخصي . فدهن الحيطان بالزيت أو توريقها . ووضع خشب « الباركيه » في أرضية الحجرات . وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها . وترصيف مماشي الأرض الزراعية . وإنارة هذه المماشي بالنور الكهربائي . وإقامة التماثيل على جانبيها . كل هذه مصروفات كمالية قصد بها تزيين العين وتجميلها للترفيه . ومن ثم لا يجوز للحائر أن يطالب المالك برد هذه المصروفات . وكل ما يستطيعه هو أن يتزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتجميل ، على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى على نفقته . وحتى في هذه الحالة ، يجوز للمالك أن يطلب استبقاء هذه المنشآت . على أن يدفع للحائر قيمتها مستحقة الإزالة .

(١) انظر آتفاقرة ١٠٤ .

(٢) انظر آتفاقرة ١٠٣ .

(٣) انظر آتفاقرة ٣٥٤ .

٣٥٨ - رد المصروفات إلى خلف الحائز : وقد رأينا (١) أن المادة

٩٨١ مدني تقضي بأنه « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » (٢) . فإذا كان الحائز قد أنفق مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كعالية ، ثم نقل العين إلى خلف له ، فأدى هذا الخلف الحائز المصروفات الضرورية بأكملها أو ما يستحق من المصروفات النافعة أو قيمة ما استحدثه الحائز من منشآت كعالية وهي مستحقة الإزالة ، فإن المالك إذا استرد العين من خلف الحائز ، وجب عليه أن يرد لهذا الخلف ما أداه الخلف لسلفه .

ويلاحظ أنه إذا أدى الخلف لسلفه مبالغ أكثر مما كان يحق للسلف أن يطالب به المالك ، فإن المالك لا يرد للخلف إلا المقدار الذي كان يحق للسلف مطالبته به طبقاً للقواعد سالفة الذكر ، وما زاد على هذا المقدار يرجع به الخلف على السلف إن كان هناك وجه للرجوع . وما قلناه في الخلف يسرى في شأن خلف الخلف ، إذا دفع هذا الأخير للخلف مادفعه الخلف للحائز .

٣٥٩ - التيسير على المالك في الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات

وقد رأينا (٢) أن المادة ٩٨٢ مدني تقضي ، تيسيراً على المالك ، بأن له أن

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

(٢) يقول النص : « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق . وهذا النص مقتبس من المادة ٥٤٧ من مشروع التقنين المدني الإيطالي (الذي أصبح فيما بعد التقنين المدني الإيطالي الجديد) ، وتجري هذه المادة على الوجه الآتي :

Le possesseur peut demander une indemnité même pour les frais prévus aux articles précédents fait par son auteur ou par le possesseur précédents, s'il établit avoir remboursé.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥٠ في الخامس) . فالمفروض إذن أن يتلقى شخص الحيازة من سلف غير مالك أو من سلف هذا السلف ، لا من المالك نفسه لأن المالك هو الذى يسترد العين ويرد المصروفات . وعلى هذا الوجه يجب تفسير نص المادة ٩٨١ مدني ، رجوعاً إلى المصدر الذى اقتبست منه . ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن ، فهي تقول : « ذا كله لو كان المالك يسترد العين من الحائز الذى أنفق هذه المصروفات ، أما إذا كان يستردها من خلف لهذا الحائز ، وكان الخلف قد أدى لسلفه ما أنفق من المصروفات ، فإن للخلف أن يطالب المالك بما أداه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

يطلب من القاضي « أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عاجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصصاً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » . وعلى ذلك يجوز للمالك أن يطلب من القاضي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، « أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء ، كأن ينظره إلى أجل ، أو يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، إذا قدم المالك الضمانات اللازمة (١) » .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨٢ مدني يقول في عبارته الأخيرة : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانوني قيمة هذه الأقساط » (٢) . فكان المشروع التمهيدى يقصد إلى أن المالك يجوز له أن يستعاض عن الترامه بتقديم الضمانات اللازمة بتقديم الضمان الأوفى ، وهو أن يقدم مالا يستطيع الحائز أن يسترد من فوائده بالسعر القانوني الأقساط المستحقة له ، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها زد المال إلى المالك . ولكن المشروع التمهيدى عدل في لجنة المراجعة ، فأصبحت العبارة الأخيرة من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٤ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٩٧٠ هامش ١ . - ونص المشروع التمهيدى مقتبس من المادة ٥٤٨ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وتجري على الوجه الآتي :

Sur la demande du débiteur, le juge pourra régler par le moyen qu'il jugera opportun le paiement des indemnités prévues aux articles et établir le remboursement même sous forme d'annuités ou de prestations périodiques avec les garanties nécessaires. Le débiteur peut se libérer de cette obligation en offrant la capital évalué à raison de taux légal d'intérêt.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥١ في الهامش) .

- واقتراس المشروع التمهيدى من هذا النص جاء غير دقيق فظاهر أن نص المشروع الفرنسي الإيطالي قد قصد إلى أنه يجوز للقاضي أن يحمل الدفع في صورة إيراد سنوى (annuité) . يستطيع المالك أن يتخلص في أى وقت من الالتزام بدفعه بأن يدفع للحائز رأس مال يقدر على أساس أن يكون هذا الإيراد السنوى هو الفائدة بالسعر القانوني لرأس المال الواجب رده . فيكون الالتزام الذى يجوز التخلص منه بدفع رأس المال ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات كما جاء في المشروع التمهيدى ، وليس هو الالتزام برد المصروفات كما قررت لجنة المراجعة . بل هو الالتزام بدفع الإيراد السنوى . وكان الأفضل استبقاء الحكم كما ورد في المشروع الفرنسي الإيطالي ، لا كما اقتبس في المشروع التمهيدى ، ولا كما عدل في لجنة المراجعة .

المادة ٩٨٢ مدني تجرى على الوجه الآتي : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عاجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصصا منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » . فتغير معنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا . وأصبح الالتزام الذي يتحلل منه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة ، بل الالتزام برد المصروفات . وأصبح المالك يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام الأخير بتعجيل مبلغ يوازي قيمة ما يتبقى في ذمته من الأقساط مخصصا منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها . فإذا قسط القاضى على المالك المبلغ الذى يجب عليه دفعه للحائز أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة ، ودفع المالك للحائز القسطين الأولين في ميعادهما ، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفى الحائز الأقساط الثلاثة الباقية فورا ، فإن القانون يبيع له في هذه الحالة أن يعجل للحائز مبلغا يوازي قيمة الأقساط الثلاثة الباقية ، مخصصا منه الفوائد بالسعر القانوني لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها ، وذلك في نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق (١) .

ب - مسؤولية الحائز عنه هلاك العين أو تلفها

٣٦٠ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٨٣ مدني على ما يأتي :

١ - « إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع » .

(١) ولاشك في أن التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة في نص المشروع التمهيدى يجعل الحكم أقل غرابة مما كان في المشروع . فإن المشروع كان يقضى بجواز التحلل من الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة عن طريق تعجيل مبلغ جسيم تكون فوائده بالسعر القانوني للوفاء بالأقساط المستحقة في ذمة المالك . فإذا كان المالك عاجزاً عن دفع المبلغ المطلوب مبرراً ومن أجل ذلك طلب من القاضى التيسير عليه في الدفع مع تقديم الضمانات اللازمة ، فكيف يتسنى له أن يدفع فوراً ، بهلا من تقديم هذه الضمانات ، مبلغاً أكبر بكثير من المبلغ الذى أعلن أنه عاجز عن دفعه في الحال إذ أن فوائد المبلغ الأول بحسبه بالسعر القانوني تكون وحدها للوفاء بجميع الأقساط .

٢ - « ولا يكون الحائر مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .

وتنص المادة ٩٨٤ مدني على ما يأتي :

« إذا كان الحائر سبب النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٣ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية جعلت النص ، تحت رقم ١٠٥٨ في المشروع مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧) .

م ٩٨٤ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ (تطابق م ٩٨٤ مصرى - ولا مقابل في التقنين العراقي

للمادة ٩٨٣ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الموجبات والعقود

اللبناني آنفاً فقرة ٣٥٤ في الهامش : وهذا النص يلزم الحائر سبب النية بأن يتحمل جميع المخاطر فيتحمل تبعه الهلاك ، وعلى ذلك لا يتحمل الحائر حسن النية هذه التبعة) .

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أنه ، في مسئولية الحائر عن هلاك الشيء أو تلفه ، يجب التمييز بين ما إذا كان الحائر حسن النية فلا يتحمل تبعه هلاك الشيء ، وما إذا كان سيئ النية فيتحمل هذه التبعة .

٣٦١ - مسئولية الحائر من النية : إذا كان الحائر حسن النية : ويعتقد

أن الشيء مملوك له ، فانه ينتفع به كما ينتفع المالك بملكه . فله أن يستعمله ، وأن يستغله . فإذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، لم يكن مسئولاً قبل المالك عن نقص القيمة . وإذا جنى ثماره ، فانه يملكها بالقبض ، ولا يكون مسئولاً عن ردها للمالك كما سيأتي . وبالجمل لا يكون مسئولاً قبل المالك عن أى تعويض بسبب انتفاعه بالشيء على الوجه المتقدم الذكر . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٩٨٣ مدنى ، كما رأينا (١) ، فى هذا الصدد : « إذا كان الحائر حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . » أما إذا استهلك الحائر الشيء أو هلك الشيء بخطأه ، فالواجب تطبيق القواعد العامة ، ويكون الحائر مسئولاً عن التعويض (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) وقد طبقت القواعد العامة فى أحوال ثلاث مماثلة لحالة الحائر : (الحالة الأولى) حالة دفع غير المستحق ، وقد قررنا فى صدها ما يأتى : « تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتى : فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبى التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيئ النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولوطنالفاً ، مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . . . ويتبين من مفهوم المخالفة فى المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى . . أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه ، وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩) . (الحالة الثانية) حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً ، بأن هلك المبيع مثلاً فى يد المشتري وبخطأ منه ، حكم القاضى بتعويض معادل . فالزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لأعلى أساس العقد الذى تقرر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٢٣٧) . (الحالة الثالثة) حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا هلك المبيع وكان المشتري هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذتتذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدسنا . أما إذا كان البائع -

بقى فرض ما إذا كان الشيء قد هلك بسبب أجنبي . أى بغير خطأ الحائز .
وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٣ مدنى ببيان الحكم فى هذا الفرض ،
فقلت كما رأينا (١) : « ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك
أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .
وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا هلك
الشيء فى يد الحائز حسن النية : فلا يكون مسئولاً عنه ما دام أنه كان يستغله
وفقاً لما يحسب أنه حق له . ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب
هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض . ويتصل بهذا الحكم حكم
من تسلم شيئاً وهو حسن النية وتصرف فيه بعوض . فيجب أن يرد ما قبضه
من عوض » (٢) . فالقاعدة العامة هى إذن . فى فرض ما إذا هلك الشيء فى
يد الحائز حسن النية بسبب أجنبي . ألا يكون الحائز مسئولاً عن الهلاك ،
إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك (٣) .

— هو الذى يطالب بالتفخ وهلك المبيع فى يد المشتري . فان كان الهلاك بخطأ المشتري حكم عليه
بالتعويض . وقد نصت المادة ١٦٠ بأنه إذا بالاستحلال الرد حكم بالتعويض « (الوسيط جزء
أول طبعة ثانية فقرة ٧٨ ص ٨٠٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ .

(٣) وقد طبقت هذه القاعدة العامة فى الأحوال الثلاث التى سبق أن استعرضناها فى فرض
ما إذا كان الهلاك بخطأ الحائز . (فى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق ، قررنا ما يأتى :
« أما إذا كان (المدفوع له) قد انتفع بالمعين الانتفاع العادى ، وفقاً لما يحسبه من حقه ، وهلك
اتمين أو تلفت أو ضاعت (بسبب أجنبي) ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة
ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع . كما إذا انتفع بتقاضي منزل فى بناء منزل آخر ،
أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح مشية وانتفع بلحمها . وللدافع
فى جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف فى الصورة التى آلت إليها بعد التلف ، دون أن
يتقاضى تعويضاً عن التلف مادام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا . أما إذا كانت
المعين قد خرجت من يد المدفوع له إلى يد أخرى . فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى -
وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتى : ١ - من تسلم وهو حسن النية الشيء « المعين
بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من
عوض أو أن يحول حقه فى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض ،
فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يتجاوز قيمة ما أثرى به
قبل من سلم الشيء غير المستحق - وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخرى من الفقرة الثانية ، -

٣٦٢ - مسؤولية الحائز من النية: وإذا كان الحائز من النية ، فانه

يكون مسئولاً قبل المالك عن استعمال الشيء واستغلاله ، فإذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، وجب عليه التعويض . وإذا جنى ثمار الشيء ، فانه يلتزم بردها إلى المالك كما سيجيء .

ويكون الحائز من النية مسئولاً عن هلاك الشيء ، سواء هلك الشيء بخطئه أو بسبب أجنبي . أما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بخطئه ، فترجع إلى هذا الخطأ . وأما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي وبغير خطئه ، فترجع إلى أنه من النية في حيازته للشيء . وقد نصت المادة ٩٨٤ مدني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (١) : « إذا كان الحائز من النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » . ويحسن أن يوضع إلى جانب هذا النص نص المادة ٢٠٧ مدني ،

« لم يكن النص فيما يترتب من تطبيق القواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به . وإذا تصرف في العين تبرعاً ، لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩ ص ١٣٦٧ وفقرة ٨٤٠ ص ١٣٦٧ - ص ١٣٦٨) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة هامة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قلنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضي . . بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، والبائع في جميع الأحوال أن يتردد المبيع التالف في الصورة التي آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٢٢٧ ص ٨٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان ، وجب القول بأن المشتري وقت أن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية ، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر . والبائع أن يتردد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

ونص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفت فى لجنة المراجعة وتجنباً للتفصيلات ، . أما المادة ٢٠٧ مدنى فتتص على أنه ١ - إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يتم تسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن . ٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة . ٣ - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعه الهلاك تقع على السارق . وكانت المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف ، التزم (المدفوع له) برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سىء النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف » (١) . وقد قربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بين هذه النصوص الثلاثة - المادة ٩٨٤ مدنى والمادة ٢٠٧ مدنى والمادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - واستخلصت من هذا التقريب ما يأتى : « إذا كان الحائز سىء النية ، وهلك الشيء فى يده ولو بسبب أجنبى ، فإن الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأ كافياً لجعله مسئولاً عن هلاك الشيء . ويلاحظ وجوب تقريب المادة ٢٥٦ (من المشروع التمهيدى) من المادة ١٣٤٦ (من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٩٨٤ مدنى) ، فهما تعرضان لمسألة واحدة . ومن مجموع هذين النصين يستخلص أن الحائز السىء النية يلتزم برد قيمة الشيء وقت الهلاك أو الضياع أو التلف ، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشيء ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . على أن الحائز لا يكون مسئولاً ، إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقياً فى يده من يستحقه ، شأنه فى ذلك شأن المدين بتسليم شيء إذا كان قد أعذر (م ٢/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٢/٢٠٧ مدنى) . على أن الحائز إذا كان قد سرق الشيء يكون مسئولاً عن هلاكه ، حتى إذا تبين أنه كان يهلك أيضاً لو بقى فى يد المالك

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٦١ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ فى الهامش

(م ٣/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٣/٢٠٧ مدنى) ، (١) .

فالقاعدة إذن أن الحائر السىء النية يكون مسئولاً عن هلاك الشىء ولو كان الهلاك بسبب أجنبى ، فبرء للمالك قيمة الشىء وقت الهلاك ، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشىء ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . ولا يكون الحائر السىء النية مسئولاً عن هلاك الشىء بسبب أجنبى ، إذا هو أثبت أن الشىء كان يهلك حتى لو كان باقياً فى يد المالك . وذلك ما لم يكن الحائر قد سرق الشىء ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاكه ولو كان الهلاك بسبب أجنبى ، ولو أثبت الحائر أن الشىء كان يهلك حتى لو كان باقياً فى يد المالك (٢)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩ .

(٢) وهذه القواعد قد طبقت فى الأحوال الثلاث التى سبق استعراضها . (فى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق : قررنا ما يأتى : « وإذا هلك العين أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له سىء النية ، التزم برء قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع . وذلك دون إخلال بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦ المذكرة من المشروع التمهيدى) . وقد نصت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى : إذا كان الحائر سىء النية ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشىء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه . ويتبين من ذلك أن المدفوع له سىء النية يكون مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة ، ولا يفييه من المسئولية إلا أن يثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد البائع - قارن مسئولية السارق ، فإن الشىء المروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشىء كان يهلك لوبق فى يد مالكه ، فإن تبعه الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال (م ٣/٢٠٧ مدنى) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ . وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سىء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المذكرة من المشروع التمهيدى على ما يأتى : ١ - من تسلم ولو بحسن نية الشىء المعين بالذات وتصرف فيه بعرض بعد أن علم أنه ملتزم برده ، وجب عليه أن يرده حيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى . حل أنه يجوز لمن تسلم هذا الشىء أن يطلب من تصرف فيه بما قبضه من عرض أو بأن يحل محله فى المطالبة بهذا العرض . ٢ - فإذا كان من تسلم الشىء قد تصرف فيه بغير عرض ولم يقم برده حيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشىء غير المستحق - والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إيفائها مادامت قد حذفت من المشروع التمهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سىء النية ، إذا

الفرع الثاني

الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية

٣٦٣- متى تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية : بعد أن فرغنا من الكلام في الحيازة بوجه عام ، ننقل إلى الكلام فيها باعتبارها سبباً لكسب الملكية . وهي على هذا الاعتبار تدخل ضمن أسباب كسب الملكية التي هي موضوع البحث .

وقد قدمنا أن الحيازة إذا وقعت على منقول لا مالك له ، كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية المنقول . وقد سبق الكلام في الاستيلاء تفصيلاً ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

أما إذا وقعت الحيازة على شيء له مالك ، فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشيء . إما بالتقادم الطويل في العقار والمنقول ، أو بالتقادم القصير في العقار وحده ، أو بمجرد الحيازة في المنقول وحده . أو بالقبض في تملك الثمار .

٣٦٤- التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية : ويجب في الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية ، التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية .

تصرف في العين معاوضة ، كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذي تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين والعوض الذي أهلك فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً ، فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٤٤ وفقرة ٨٤٥ ص ١٣٧٢) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : «أما إذا كان المشتري سيء النية ، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٢٧ ص ٨٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : «وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدني) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من تسلمه وهو سيء النية » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٧٨٨ ص ٨٠٥ هامش ١) .

فالحيازة بسوء نية تكون سببا لكسب الملكية ، في العقار والمنقول على السواء ، بالتقادم الطويل .

والحيازة بحسن نية تكون سببا : (١) لكسب ملكية العقار ، بالتقادم القصير . (٢) ولكسب ملكية المنقول ، بمجرد الحيازة إذ أن الحيازة في المنقول سند الملكية . (٣) ولكسب ملكية الثمار ، بمجرد قبضها أى حيازتها (١) .
فتستعرض في مبحثين الحيازة بسوء نية ، والحيازة بحسن نية ، باعتبار أن كلا منهما سبب لكسب الملكية .

المبحث الأول

الحيازة بسوء نية باعتبارها سببا لكسب الملكية
(التقادم المكسب الطويل في العقار والمنقول)

٣٦٥ - التقادم المكسب والتقادم المسقط والفروق بينهما : قدما ، عند الكلام في التقادم المسقط في أسباب انقضاء الالتزام (٢) ، أن الفروق ما بين التقادم المكسب (prescription acquisitive, usucapion) والتقادم المسقط (prescription extinctive) فروق واضحة . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والحقوق العينية (فيما عدا حق الملكية) على السواء ، إذ لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة . أما التقادم المكسب ، ونقترن به الحيازة دائما ، فيكسب الحائز ما خازره من حقوق عينية بدون الحقوق الشخصية - بعد أن تستمر حيازته لما مدة معينة . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الذي سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق للدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيئة : «الحيازة من حيث الآثار التي ترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل ، في العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول في الحال ، ويمتلك الحائز في كل الفرع من ثمار الثمن إذا كان حسن النية (مجموعة الأمان التحضيرية ٦ ص ٤٤٢) .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١ .

المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم للكسب .

ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملكه فيها الحائز سيء النية . أما في التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق : لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه .

٣٦٦ - الفوائد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط .

نص قانوني : تنص المادة ٩٧٣ مدني على ما يأتي :

« تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة : ووقف التقادم وانقطاعه . والتمسك به أمام القضاء ، والتنازل عنه ، والاتفاق على تعديل المدة : وذلك بالتقدير الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . ومع مراعاة الأحكام الآتية ، (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه : بالرغم من أن هناك فروقا واضحة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط أحملناها فيما تقدم . توجد مع ذلك قواعد مشتركة كثيرة تجمع ما بين النوعين من التقادم . وسنبين تفصيلاً فيما يلي هذه القواعد المشتركة . وبحسبنا هنا أن نجعلها فيما يأتي :

١ - حساب المدة : ويدخل في ذلك بدء سريان التقادم . وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادتان ٣٨٠ و ٣٨١ مدني ، وهما يسريان على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٤ - ص ٥٠٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٢ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل

التقادم المكسب فيما لا تتعارضان فيه مع طبيعة هذا التقادم . أما المادة ٣٨٠ مدني فلا تتعارض في شيء مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم تسري عليه ، وهي تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . وأما المادة ٣٨١ مدني وهي الخاصة بيده سريان التقادم المسقط ، فهي عدم تعارضها مع طبيعة التقادم المكسب تفصيل سنينه في مكانه .

٢ - وقف التقادم وانقطاعه : فبقيا يتعلق بوقف التقادم ، ورد في التقادم المسقط المادة ١/٣٨٢ مدني ، وهي تسري على التقادم المكسب أيضا ، وتجري على الوجه الآتي : « لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب » . أما المادة ٢/٣٨٢ مدني ، وهي أيضا متعلقة بوقف التقادم المسقط ، فتجري على اتوجه الآتي : « ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق كل من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية . إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » . ويؤخذ من هذا النص أن التقادم المسقط لا يوقف ، ولو وجد سبب لوقفه ، إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . أما التقادم المكسب ، فهي وجد سبب لوقفه فإنه يوقف ، حتى لو لم تزد مدته على خمس سنوات كما هو الأمر في التقادم المكسب القصير . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني على ذلك صراحة ، إذ تقول : « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا في مكانها . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، ورد في التقادم المسقط المواد ٣٨٣ - ٣٨٥ مدني تبين أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار المدين بحق الدائن ، وتذكر حكم انقطاع التقادم وأن تقادما جديدا يبدأ ساريا من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وكل هذه الأحكام تسري على التقادم المكسب ، ويزيد التقادم المكسب سببا آخر للانقطاع يستعصى على طبيعة التقادم المسقط ، هو تحل الحائز عن الحياة أو فقدها ولو يفعل الغير (م ٩٧٥ مدني) . وسيأتي بيان ذلك تفصيلا في المكان المناسب .

٣ - التمسك بالتقادم أمام القضاء : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٧ مدني . وتوجب على ذي الشأن أن يتمسك بالتقادم المسقط أمام القضاء ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا التقادم من تلقاء نفسها . وهذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم يسرى عليه . وسيأتي تفصيل ذلك في مكانه .

٤ - التنازل عن التقادم والاتفاق على تعديل المدة : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٨ مدني . وهي تقضي بأنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ولما كان هذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب . فإنه يسرى عليه . وسنبين ذلك تفصيلاً في المكان المناسب (١) .

٣٦٧ - الاعتبارات العملية التي قام عليها التقادم المكسب : قدمنا في

التقادم المسقط (٢) أن هذا النوع من التقادم يرتكز على اعتبارات عملية تقوم على استقرار التعامل : ويمكن أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية لندرك إلى أي حد يترعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له حتى يستطيع إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين . أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بمدينه أنه قد استوفاه ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فيما نحن بصدد : «قواعد التقادم المكسب هي نفس قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق باحساب المدة ، وفيما يتعلق بوقف التقادم إلا أن التقادم المكسب يوقف أياً كانت مدته أما التقادم المسقط فلا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . . . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن التقادم المكسب يتقطع انقطاعاً طبيعياً إذا فقد الحائز الحيازة ولم يتردها أو يرفع الدعوى باستردادها في خلال سنة ، ولا يتصور هذا الانقطاع الطبيعي في التقادم المسقط ، وفيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء وجواز التنازل عنه والاتفاق على تعديل مدته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨) .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٩٢

أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة . ولا بد من تحديد وقت ما إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاب المدين بجعله معرضا للمطالبة وقتا أطول مما يجب ، ولا مباغته الدائن بأسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع المصري خمسة عشر عاما ، وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي . فإذا انقضت المدة التي يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغته المدين بعد ذلك بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذي لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية .

هذا فيما يتعلق بالتقادم المسقط والاعتبارات العملية التي قام عليها هذا النوع من التقادم . أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب ، وبأنه يقوم هو الآخر على اعتبارات عملية لا تقل في الأهمية عن تلك التي قام عليها التقادم المسقط ، ففي البلاد التي لا يوجد فيها سجل عيني يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، يصبح التقادم المكسب ضرورة لا مندوحة عنها في إثبات هذه الحقوق . ذلك بأنه لو اعتمدنا في إثبات الملكية على انتقالها من مالك إلى آخر ، لوجب إثبات أن من تلقى الملكية تلقاها من مالك ، وأن هذا قد تلقاها من مالك قبله . وهذا أيضا تلقاها من مالك عن مالك عن مالك ، إلى ما لا نهاية . وهذا دليل يتعذر تقديمه ، وإذا لم يكن هناك سجل عيني يكون القيد فيه هو الدليل المطلق على الملكية ، فلا بد من الوقوف عند حد زمني إذا أثبت الشخص أنه حاز في خلاله العين دون انقطاع فإنه يكون بذلك قد قام الدائم على ملكيته للعين بحيازتها طوال هذه المدة ، وهذا هو التقادم المكسب .

فالتقادم المكسب إذن هو أهم دليل من الناحية العملية على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك (١) . ويمكن في ذلك أن يكون الحائز للعين قد بقى حائزا لها المدة الواجبة للتملك بالتقادم المكسب ، وهي في الغالب خمس عشرة سنة .

وإلى جانب أن التقادم المكسب يقوم دليلا عمليا على الملكية ، يوجد لهذا النوع من التقادم مهمة اجتماعية أخرى . فبفضله يصبح الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني ، ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل ، وتنقلب الحيازة وهي مجرد وضع فعلي واقع إلى ملكية وهي وضع قانوني مشروع . وبذلك تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية ، ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين ، إذ يعلمون أن الحيازة إذا دامت مدة معينة انقلبت إلى ملكية . وإذا صح أن يقع أن الحائز للعين يكون قد اغتصبها وظل حائزا لها حتى تملكها بالتقادم ، فإن هذا إنما يقع في ظروف قليلة ، والضرر الذي ينجم عنه لا يعدل الفائدة التي تعود على المجتمع من استقرار الأوضاع الناجم عن التقادم المكسب على النحو الذي أشرنا إليه . على أنه حتى في هذا الغرض الأخير ، لا يمكن أن يسلم المالك للعين المغتصبة ، الذي سكت على هذا الاغتصاب مدة طويلة تصل إلى خمس عشرة سنة وقد تزيد بما يعتور هذه المدة من أسباب وقف وانقطاع ، من تهمة الإهمال الذي لا مبرر له . وبين مالك مهمل بترك ما يملكه في أيدي الناس دون أن يقوم على رعايته واستغلاله ، وحائز نشيط يقوم على استغلال العين ويرعاها رعاية المالك للملكه ، الحائز دون ريب هو الأولى بالرعاية (٢) .

٣٦٨ - لمحة تاريخية : يرجع التقادم المكسب في أصله إلى القانون

الروماني ، وقد سبق ظهوره في هذا القانون ظهور التقادم المسقط بمدة طويلة (٣) . ويصعد في أصوله الأولى إلى الألواح الاثني عشر ، وكانت

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٨٨ ص ٦٩٨ .

(٣) أنظر في تاريخ التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٥٩٣ .

مدده قصيرة لا تتجاوز العام أو العامين ، فقد كانت الأعيان في روما محدودة وأصحابها لا يكادون يبرحونها ، فكانت هذه المدد القصيرة كافية لإشعارهم بأى اغتصاب يقع على أراضيهم ، فيبادرون إلى منعه ويقطعون بذلك مدة التقادم .

وبدأ التقادم المكسب في روما يؤدي مهمتين متميزتين إحداهما عن الأخرى المهمة الأولى هي تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة . إذ كانت هذه الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زاهرة بالأشكال والأوضاع الرومانية . فإذا لم تستكمل هذه الأوضاع ، وكثيراً ما كانت لا تستكملها ، أغنى عنها حيازة لمدة قصيرة ينقلب عند انتهائها حق الحائز إلى حق ملكية قانونية (*dominium ex jure quiritium*) .^(١) والمهمة الثانية التي كان التقادم المكسب يقوم بها هي علاج مركز من يتعامل مع غير المالك . فلا تنتقل إليه الملكية بداهة . فيأتى التقادم المكسب لإنجذته بأن ينقل إليه الملكية بعد حيازة العين لمدة قصيرة . إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح . وبذلك كان التقادم المكسب في كل من هاتين المهمتين : يضع حداً لترعز الملكية وعدم استقرارها ، وتنقلب به الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة . ولكنه كان لا يسرى إلا على الأشياء القابلة للملكية الرومانية (*propriété quiritaire*) ، وعلى الرومان دون الأجانب . أما الأراضي التي في الأقاليم (*fonds provinciaux*) ، فكان هذا النوع من التقادم لا يسرى عليها . فأدخل الريبطور الروماني ، إلى جانب هذا النوع من التقادم المكسب (*usucapio*) . نوعاً آخر من التقادم المكسب (*praescriptio longi temporis*) يسرى على أراضي الأقاليم وعلى الأجانب . واشترط لإعماله أن يكون الحائز حسن النية ومعه سبب صحيح . وجعل مدة التقادم عشر سنوات إذا كان الحائز والمالك الحقيقي يقيمان معاً في إقليم واحد . وعشرين سنة إذا كانا يقيمان في إقليمين مختلفين . وبدأ هذا التقادم الريبطورى بأن يكون دفعا ضد دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك . ثم انتهى إلى أن يكون دفعا ودعوى في وقت واحد . فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق . كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة

(١) بودرى وتيبه ققرة : .

ولما زالت الفروق بين الأشياء الرومانية (*res mancipi*) والأشياء غير الرومانية ، وبين الأراضي الإيطالية وأراضي الأقاليم ، وبين المواطن الروماني والأجنبي ، اندمج النوعان من التقادم المكسب أحدهما في الآخر ، وخلص من هذا الاندماج نظام مشترك ، مدته عشر سنوات أو عشرون سنة في العقار وثلاث سنوات في المنقول .

ثم أنشأ القانون البيزنطي (قانون الامبراطور ثيودوس سنة ٤٢٤) ، إلى جانب هذا النظام المشترك ، نظاما جديدا هو التقادم المكسب الطويل (*paescriptio longissimi temporis*) مدته ثلاثون سنة ، ويغني بطول مدته هذه عن اشتراط حسن النية والسبب الصحيح . وزادت المدة إلى أربعين سنة بالنسبة إلى أموال الخزانة العامة وأموال الإمبراطور وأموال الكنائس والمؤسسات الدينية ، ثم زادت إلى مائة سنة بالنسبة إلى أموال الكنيسة . وخلط جوستينيان في مجموعاته بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه ، وكان مصدرا لكثير من الاضطراب والتشويش في تفهم أحكام التقادم ، سواء في القانون الروماني أو في القانون الفرنسي .

وأخذ التقادم المكسب الذي عرفه القانون الروماني على النحو سالف الذكر طريقه إلى القانون الفرنسي القديم ، وبخاصة في الجنوب بلاد القانون المكتوب (*pays de droit écrit*) . على أن العادات الجرمانية والأوامر الملكية عدلت من أحكام القانون الروماني ، وأثر القانون الكنسي (*droit canonique*) بوجه خاص على هذه الأحكام . وكان القانون الكنسي ينظر إلى التقادم بوجه عام نظرة استنكار ، ويستعصى عليه أن يسلم أن شخصا لا يملك الحق يصبح مالكا له بالتقادم ، ويرى في ذلك ضربا من تحليل الغصب وجعله مشروعا . فقلب التقادم الروماني من أن يكون قائما على أساس استقرار التعامل ، إلى أن يكون قائما على أساس أنه الدليل على وجود الحق حيث تتعذر إقامة الدليل . وتوسع كثيرا في أسباب وقف التقادم . واشترط حسن النية في الحائز طوال مدة حيازته فلا يكفي حسن النية وقت بدء الحيازة . ومنحت امتيازات خاصة لبعض الأموال فأصبحت غير قابلة للتملك بالتقادم أو أطيلت مدة التقادم فيها ، من ذلك أموال الكنيسة وأموال التاج وأموال الطوائف المهنية .

وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي نظام التقادم من هذه المصادر جميعا ،
 نقلا عن Dunod وعن Domat ، وجعل القانون الروماني هو الأساس ،
 مع تعديله بالعادات الجرمانية وبالأوامر الملكية وبالقانون الكنسي . ولكن
 واضع التقنين المدني الفرنسي بسطوا من قواعد التقادم ، وأرجعوها إلى
 أصلها الروماني ، وألغوا الامتيازات الخاصة التي تمتعت بها بعض الأموال من
 ناحية قابليتها للتملك بالتقادم فيما سلف ذكره (١) .

٣٦٩- **تقسيم الموضوع :** ونجعل بحثنا للتقادم المكسب الطويل في مطلبين
 (١) كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل . (٢) أعمال التقادم المكسب والآثار
 التي تترتب عليه .

المطلب الأول

كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل

٣٧٠- **شروط تحقق التقادم المكسب الطويل :** حتى يتحقق التقادم
 المكسب الطويل ، يجب أولا أن يكون هناك حق يمكن كسبه بهذا النوع
 من التقادم فيحوزه الشخص حيازة تتوافر فيها الشروط ، ويجب ثانيا أن تم
 مدة التقادم فتدوم هذه الحيازة خمس عشرة سنة كاملة ، ويجب ثالثا ألا يوقف
 التقادم وألا ينقطع .

§ ١ - **الحقوق التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل**

٣٧١- **نص قانوني :** تنص المادة ٩٦٨ مدني على ما يأتي :

« من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا
 على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية
 الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك بودري وتيسيه فقرة ٣ . فقرة ٢٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٩ من المشروع التمهيدي على وجه
 مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد : ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٣
 في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ
 لاقه مع بعض مستشاري محكمة النقض حذف كلمة « منقوله » الواردة في النص لأن التقادم المكسب =

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/٧٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٧ و ٩١٩ و ٩٢٥ و ٩٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٥ - ٢٥٧ و ٢٦٠ (٢) .

= غير لازم إلا في العقار، ورأوا أيضاً أن الحيابة بشروطها ومعناها هي قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك للحائز ومن ثم يجب حذف التقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . فقيماً يتعلق بالجزء الأول منه ، لا يمكن حذف كلمة « منقول » لأن المقصود تملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل في حالة ما إذا كان الحائز سيء النية ، وفي هذا يستوى العقار والمنقول ، وبديهي أن قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية لا تنطبق على هذه الحالة . أما فيما يتعلق بالجزء الثاني من الاقتراح ، فالملاحظة تنطوي على نظرة فقهية ، وقد آثرت اللجنة أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدي في هذه الناحية لأنه يجنب التقنين حرج الفصل في مسائل ينبغي أن يظل الاجتهاد فيها طليفاً من كل قيد . على أنه لوصح وجوب إضافة جميع القرائن القانونية إلى باب الإثبات ، لامتلاء هذا الباب بمسائل لم تجر المادة أن يتضمنها ، ويكفي أن يشار في هذا التصدد إلى مشولية المتبوع عن التابع وإلى المشولية عن الحيوان . وقد وافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٩٦٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩١ - ص ٤٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية العقارات والحقوق لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . فإذا لم يوجد ذلك السبب ، لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة . (وحكم التقنين المدني السابق هو حكم التقنين المدني الجديد ، ويلاحظ أن التقنين المدني السابق قد أغفل ذكر المنقول فلم يدخله ضمن الأموال الجائز تملكها بالتقادم المكسب الطويل إذا كان الحائز سيء النية) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٧ (موافق مع ملاحظة أن التقادم المكسب لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في السجل العقاري) - م ٩١٩ : يكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيابة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض . م ٩٢٥ : لا يسرى التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري أو التي هي تحت إدارة أملاك الدولة .

م ٩٢٦ : لا يكتسب بالتقادم أى حق على العقارات المتروكة والمحمية والمرقعة

التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ (مطابق)

ويخلص من هذا النص أن الحقوق العينية وحدها ، وعلى رأسها حق الملكية ، في العقار وفي المنقول على السواء ، هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل ، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم . وليس كل حق عيني قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أن يكون هذا الحق قابلاً للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم . ويجب فوق ذلك أن يكون حقاً من الحقوق التي تقبل الخضوع للحيازة ، ويستدعي ذلك أن نعرض لأنواع خاصة من الأموال ، هي أموال الدولة العامة والخاصة وأموال الوقف وحق الإرث . ثم إن الحق الذي يراد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، إذا استوفى الشروط سالفة الذكر ، يجب أن يكون في حيازة الشخص الذي يريد تملكه ، وأن تكون هذه الحيازة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي ، وأن تكون خالية من العيوب . فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٧٢ - الحقوق العينية ومدها ودور الحقوق الشخصية هي التي يمكن

تملكها بالتقادم : وأول الحقوق العينية التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل هو حق الملكية ، ويستوى في ذلك العقار والمنقول . ولا يعترض ، بالنسبة إلى المنقول ، بأنه يملك بمجرد الحيازة ، فحل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح . أما إذا لم تقترن الحيازة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح ، فالمنقول والعقار سيان ، كلاهما

= التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٨ (موافق مع ملاحظة أن التقادم لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في دائرة الطابو) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٥ : لا يسرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري أو الخاصة لإدارة أملاك الدولة .

م ٢٥٦ : لا يكتب بمرور الزمن حق البتة على المقارنات المتروكة والحماية والمرقعة .
م ٢٥٧ : يكتب حق القيد في السجل العقاري فيما يتعلق بالمقارنات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضح اليد سبب محق . وإذا لم يكن لديه سبب محق ، فمدة خمس عشرة سنة .

م ٢٦٠ : يكتب حق قيد التصرف بالأراضي الأميرية غير الخاصة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بغير سند ، شرطاً أن يكون واضح اليد قائماً بزراعة الأرض .

(ونصوص القانون اللبناني تتفق مع نصوص التقنين السوري) .

لا يملك إلا بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة^(١) . وعلى ذلك يكون قابلاً للتملك بالتقادم العقار . ويدخل في ذلك الأرض زراعية كانت أو أرضاً فضاء ، وكل ما تنبت الأرض من ثمار ومحصول وزرع ، وكل ما يفرس فيها من أشجار ونخيل ، وكل ما يقام على الأرض من مبان ومنشآت كالمساكن والمكاتب والحوائيت والمصانع والمخازن والمحالج والجراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد فوق سطح الأرض ، أو تشيد في باطنها كالأنتفاق والمجاري والآبار والمواسير والأنابيب المدفونة في باطن الأرض . ويكون قابلاً للتملك بالتقادم المنقول . ويدخل في ذلك العروض والمكيلات والموزونات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات والسفن والعوامات والذهبيات والطيارات وأكشاك الاستحمام وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والأكشاك الخشبية والمباني التي تقام مدة الأعياد والمولد إذا لم تثبت في الأرض .

وكما تكسب الملكية في العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل ، كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عيني آخر . فتكسب الملكية الشائعة في العقار والمنقول ، وملكية الرقبة في العقار والمنقول ، وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى في العقار والمنقول ، وحق الارتفاق الظاهر ، وحق الحكر القائم على أرض غير موقوفة قبل العمل بالتقنين المدني الجديد ، وحق الرهن الحيازي في العقار والمنقول .

أما الحقوق الشخصية (créances) فلا تكسب بالتقادم المكسب ، ولكنها تنقضي بالتقادم المسقط . ولا يكسب الحق الشخصي بالتقادم حتى لو كان قابلاً للحيازة ، كما هو شأن حق المستأجر فالمستأجر إذا كان يحوز حقه كمتأجر إلا أن حيازته هذه لا تؤدي به إلى كسب هذا الحق بالتقادم المكسب ، وإن كانت تصلح لأن تحمي بجميع دعاوى الحيازة ، وقد سبق بيان ذلك . وهناك حقوق شخصية تتجسد في سنداتها وتصبح هي والسند شيئاً واحداً ، وهذه هي

(١) أنظر مآدار في هذا الشأن من المناقشة في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٩٩٢ في

السندات لحاملها (titres au porteur) ، فهذه تعامل معاملة المنقول المادى ، ومن ثم يجوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية .

٣٧٣ - وجوب أنه يكون الحق العيني قابلاً للتعامل فيه وقابلاً للحيازة :

وليس كل حق عيني - ونقف هنا عند حق الملكية فى العقار والمنقول لأنه هو موضوع البحث فى أسباب كسب الملكية - يمكن كسبه بالتقادم . بل يجب أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً للحيازة^(١) .

أما أن العقار أو المنقول يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه (dans le commerce) فذلك واضح ، لأن ما لا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم . والشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه ، كما قلنا عند الكلام فى محل الالتزام^(٢) ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأتى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر^(٣) . وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له . فالملك العام لا يصح التعامل فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه ومع جواز تملكه بالتقادم . وقد يكون الشئ

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بأن الأموال التى اعترف القانون الملقى بها أربعة أنواع ، وهى الملك والوقف والمباح والمخصص للمنفعة العامة . والذى يستفاد من أحكام هذا القانون أن قواعد التملك بمضى المدة لا شأن لها بالوقف ولا بالمخصص للمنفعة العامة ، بل وليس لها باعتبار النصوص عند وضع القانون سنة ١٨٨٣ شأن بالأراضى المباحة . وكل ما تنطبق عليه باعتبار تلك النصوص إنما هو النوع الأول من الأموال ، وهو الملك (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) .

(٢) أنظر الوسيط ١ فقرة ٢٢٧ .

(٣) ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة . وقد يصبح التعامل ممكناً فى هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى ، والهواء يستعمله الكيميائى فى أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائة ما يصلح أن يكون محلاً للامتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام . وإذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مباح ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر ، ويملكه من يتولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنيًا على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لهما معاً . ومن أمثلة الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها لمخالفة ذلك للنظام العام أو للآداب ، ومن ثم لا يجوز تملكها بالتقادم ، الأهلية والحالة المدنية والمخدرات والحشيش وبيوت العهارة وبيوت المقامرة . والأصل أن الشيء الذي لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلاً للتصرف فيه وغير قابل للتملك بالتقادم . وعلى ذلك يكون الشيء غير القابل للتصرف فيه لا يقبل في العادة التملك بالتقادم . ولكن توجد استثناءات لهذه القاعدة . فهناك أشياء غير قابلة للتصرف فيها ، ومع ذلك يجوز تملكها بالتقادم . من ذلك الوقف الأهلي ، فقد كان قبل الغائه غير قابل للتصرف فيه ، وكان مع ذلك يجوز تملكه بالتقادم مدة ثلاث وثلاثين سنة . ومن ذلك أيضاً العين غير القابلة للتصرف فيها بموجب شرط مانع من التصرف يتضمنه عقد أو وصية ، فهذه العين لا يجوز التصرف فيها وهي مع ذلك قابلة بالتقادم المكسب الطويل (١) وعلى العكس من ذلك ، قد يكون الشيء قابلاً للتصرف فيه ، ومع هذا لا يجوز تملكه بالتقادم . من ذلك الارتفاقات غير الظاهرة ، فهذه يجوز التصرف فيها مع العقار المرتفق ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم (م ١٠١٦/٢ مدني) . ومن ذلك أيضاً أملاك الدولة الخاصة ، فهذه يجوز التصرف فيها ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

ولا يكفي أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه حتى يكون قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أيضاً أن يكون قابلاً للحيازة إذ التملك بالتقادم يفترض أن الشيء قد خضع للحيازة مدة طويلة . والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضاً قابلاً للحيازة ، ولكن ذلك ليس حتماً فقد يوجد شيء قابل للتعامل فيه ومع ذلك لا يكون قابلاً للحيازة . فالمجموع من المال (universalité) كالتركة لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، ومع ذلك يكون قابلاً للتعامل

(١) أنظر الوسيط ٨ ققرة ٢٢٠ ص ٥٢٠ .

فيه . ومن ثم لا تكون التركة كمجموع من المال قابلة للتملك بالتقادم ، إذ هي . وإن كانت قابلة للتعامل فيها ، غير قابلة للحيازة .

ونطبق ماقدناه على الأموال العامة (الدومين العام) ، وعلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة (الدومين الخاص) ، وعلى الوقف ، وعلى حق الإرث .

٣٧٤ - الأموال العامة « الدومين العام » : لما كانت الأموال العامة غير قابلة في الأصل للتعامل فيها وذلك بالنظر إلى الغرض الذي خصصت له إذ هي مخصصة لمنفعة عامة ، لذلك لا يجوز تملكها بالتقادم . وقد نصت المادة ٢/٨٧ مدني ، تأكيداً لذلك ، على أن الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم .

فهذه قيود ثلاثة تحيط بالأموال العامة لحمايتها : عدم جواز التصرف وعدم جواز الحجز وعدم جواز التملك بالتقادم . وأهم هذه القيود الثلاثة هو قيد عدم جواز التملك بالتقادم ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد (١) : « ووجه ذلك واضح ، فانه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإداري يعتمد إلى التصرف في الشيء العام إلا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك ينذر أن يقدم دائن للشخص الإداري على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإداري يكون عادة موسراً فلا يكون دائنه في حاجة إلى التنفيذ الجبري على ماله . وإنما الخشية كل الخشية هي في أن تعتدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد عليه أملاً في أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب في أوجه المتهدين ، وحرّم تملك الشيء العام بالتقادم . كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حتى ارتفاعاً على الأموال العامة . وإذا كان الشخص الإداري يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمي حيازته ، فان الأفراد لا يحمون في حيازتهم للشيء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٦ ص ١٥٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الأموال العامة ، مهما طالّت مدته ، لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة (وعندما كان جائزاً كسب أموال الدولة الخاصة بالتقادم) . ولا يعتبر وضع اليد على مال عام مدة خمس عشرة سنة ، بغير منازعة من الحكومة ، سبباً يزيل عن هذا المال صفته بأنه مال عام لا يجوز كسبه بالتقادم (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٤ ص ٩٠٨) .

٣٧٥ - أموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام » الدومين

الخاص « - نص قانوني : تنص المادة ٩٧٠ مدني (المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وبالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩) على ما يأتي :

١ - « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

٢ - « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أي حق عيني عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١ - وفي جميع الأحوال ، لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - وليس للوقف أن يكسب حقاً بالتقادم . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية من المادة «ليترك الأمر للقضاء ليتصرفوا حسب القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٧ - ص ٤٩٩) .

ثم صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ على الوجه الآتي : ١ - في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أي حق عيني عليها ، بالتقادم . وصدر بعد ذلك القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ يضيف العبارة الآتية في آخر الفقرة الثانية : « كما لا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . فأصبح النص بهذين التعديلين مطابقاً لما استقر عليه أخيراً .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية كانت تنص على ما يأتي : «القضاء ممنوعون من سماع الدعوى التي مضي عليها خمس عشرة سنة ، مع تمكن المدعي من رفعها وعدم العذر الشرعي له في عدم إقامتها ، إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي ، وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة » . (والتقادم هنا ليس تقادماً مكسباً ، بل هو ليس تقادماً مطلقاً ، وإنما هو دفع بعدم جواز سماع الدعوى على النحو الذي عرف أخيراً في الفقه الإسلامي) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويؤخذ من الفقرة الثانية من النص سالف الذكر أن الأموال الخاصة للمملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهي الأموال المعروفة باسم « الثومين الخاص » ، لا يجوز كسب ملكيتها ولا كسب أى حق عيى آخر عليها كحق ارتفاق ، بالتقادم المكسب . وهذا حكم جديد لاسابقة له فى التشريع المصرى ، استحدثه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، مخالفاً فى ذلك التقاليد التشريعية المصرية ، وراجعا بنا إلى أيام القانون الفرنسى القديم حيث كانت تكثر الامتيازات الخاصة التى تمنح لأملاك الدولة وأملاك الكنيسة وغيرها من أملاك الطوائف المهنية فتجعل غير قابلة للتملك بالتقادم (١) . ذلك بأن حق الدولة فى الأشياء المملوكة لها ملكية خاصة هو حق ملكية مدنية محضة ، وشأن الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد فى تملك المال الخاص ، وتملك الدولة الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة . وقد كان أهم فرق عمل بين الملك العام والملك الخاص أن الملك العام لا يجوز تملكه بالتقادم ، أما الملك الخاص فيجوز تملكه بهذا الطريق .

وقد كان الأفراد يضعون أيديهم على بعض أملاك الدولة الخاصة ، وتنقض المدة اللازمة للتقادم ، فيتملكونها بوضع اليد . وقد رأت الحكومة أخيراً أن فى ذلك خطراً على أملاكها الخاصة ، فهى مشقة فى أنحاء البلاد ، ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب . على أن هذا الخطر يتضاءل ، إذا قيس بمآراته الحكومة من علاج لدفعه ، وهو تقرير عدم قابلية الأملاك الخاصة للتملك بالتقادم ، وما ينجم عن ذلك من ترزعزاع فى المعاملات وعدم استقرار فى الملكية . ذلك بأن الحكومة ، إذا تعرضت فى أملاكها الخاصة لبعض ضروب من الغصب تحرمها مع تطاول الزمن من بعض هذه الأملاك ، يجب أن تسلم أن تعامل الناس فى هذه الأملاك الخاصة

— التقنين الملى السورى م ١٠٠٢ : لا يكسب بالتقادم أى حق على العقارات الوقفية المستقلة مسجلاً أو كنيسته أو كناساً أو مستشفيات أو معهداً تعليمياً أو المخصصة لاستعمال العموم .
التقنين الملى اللبى م ٩٧٤ : فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

التقنين الملى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقارية البنى لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

لا يستقر ولا يؤمن جانبه إلا إذا أحيط بنساج من قابلية الملك الخاص للملك بالتقادم ، فعند ذلك فقط يستطيع من يتعامل مع الحائز الذي دامت حيازته خمس عشرة سنة أن يطعن إلى هذا التعامل ، حتى لو ثبت بعد ذلك أن الملك الذي تعامل فيه مع الحائز هو ملك خاص للدولة . وعلى الحكومة ، من جانبها ، أن تحكم طرق الرقابة والإشراف على أملاكها الخاصة ، حتى تقلل من فرص الاعتداء على هذه الأملاك إلى أدنى حد ممكن .

ومهما يكن من أمر ، فقد انحرفت الحكومة عن القاعدة الهامة التي تقضي بقابلية الملك الخاص للملك بالتقادم ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) (١) . وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازي (٢) .

وبلاحظ - كما سبق أن قررنا في الجزء الثامن من الوسيط (٣) - أن أملاك الدولة الخاصة التي تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم (٤) ، إذ ليس للقانون سالف الذكر أثر رجعي . أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة في حيازة أحد الأفراد ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ خمس عشرة سنة كاملة ، فإن الحائز لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ هذا القانون مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للملك .

(١) وقيل في المذكرة التفسيرية لهذا التشريع ، تبريراً لهذا الحكم الجديد ، إن الشارع أراد به أن يحمي الأملاك الخاصة للدولة حتى تكون في مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أحسست الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق .

(٢) وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان مدعياً أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . وحتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من تواتر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم .

وكون المال الخاص المملوك للدولة أصبح غير قابل للملك بالتقادم لا يمنع من بقاء القضاء العادي - لا القضاء الإداري - مخمناً بالنظر في وجوه التزاع فيه بين الدولة والأفراد .

(٣) جزء ٨ فقرة ٨٨ .

(٤) نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ .

ولم تقف حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى عند هذا الحد . فقد كان الأصل في هذه الأموال الخاصة انه إذا وقع اعتداء عليها ، لم يكن للحكومة أن تنتصف بنفسها لنفسها ، وأن تلجأ إلى الطرق الإدارية لإزالة هذا الاعتداء كما تلجأ إلى هذه الطرق لإزالة الاعتداء على الأموال العامة . بل كان الواجب أن تلجأ إلى القضاء العادي تطلب دفع هذا الاعتداء ، شأن الحكومة في ذلك شأن الأفراد في دفع الاعتداء عن أموالهم الخاصة . ولكن صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، يسبغ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص العامة حماية أخرى ، فوق الحماية التي أضفاها عليها القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بجعلها غير قابلة للتملك بالتقادم . فقد نص القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز التعدي على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وأضاف ما يأتي : « وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى للأموال الخاصة . فقد قدمنا أن الأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام ، أما الملك الخاص إذا اعتدى أحد عليه فانه طبقاً للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تربل الاعتداء عليه بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء العادي في ذلك . وقد تغير الموقف بعد هذا التعديل الأخير ، وأصبح الملك الخاص كالملك العام في جواز دفع الاعتداء عليه بالطرق الإدارية دون الالتجاء إلى القضاء . فاذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هي من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها بالطرق الإدارية ، والحائز هو الذي يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده (١) .

٣٧٦ - الوقف : كانت المادة ٩٧٠ مدني ، قبل تعديلها بالقانونين رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ورقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، تجري على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وكان الوقف ، الأهلي والخيري

(١) انظر في كل ذلك الوسيط ٨ ققرة ٨٨ .

على السواء، قائماً لم يبلغ وقت نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .
فكانت الأعيان الموقوفة وفقاً لأهلها أو وفقاً خيراً ، طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني
صالفة الذكر قبل تعديلها ، قابلة للتملك بالتقادم المكسب ، ولكن مدة هذا
التقادم ، بدلاً من أن تكون خمس عشرة سنة كما هي القاعدة العامة ، كانت
ثلاثاً وثلاثين سنة^(١). وقد أُطيلت مدة التقادم المكسب على هذا النحو حماية للوقف ،

(١) أما في التقنين المدني السابق فلم يكن يوجد نص لمثل نص المادة ٩٧٠ من التقنين
المدني الجديد . فذهب رأى إلى عدم جواز كسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم (استئناف وطني
٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٩٧ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٧ - ٢٣
فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١) - وذهب رأى ثان إلى جواز
كسب ملكية العين الموقوفة بمدة التقادم العادي ، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات (استئناف
وطني ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٩٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ الحقوق ١٥
ص ٩٨) . وذهب رأى ثالث إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة ، على أن تكون مدة التقادم
ثلاثاً وثلاثين سنة أخذاً بالمدة المقررة لعدم سماع دعوى الوقف في الشريعة الإسلامية (استئناف
وطني ٢٦ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ١٣٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية
٦ رقم ٩٩ ص ٢١١ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٥ ص ٣٢٣ - ٨ مارس
سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢ ص ٤٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية
٢٤ رقم ٥٤ ص ٨٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٢ ص ٢٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥
المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥) .

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بهذا الرأي الأخير ، وقالت في حكمها
إنه ليس لقضاء الوطني أن يحتذى ما ورد باللائحة الشرعية حرفياً فيحكم بعدم سماع دعوى الوقف
بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، بل عليه أن يعتبر المدة فقط ، ثم يحملها مدة كسب الحق بوضع
اليده على الملكية المقررة في المادة ٧٦ من القانون المدني (السابق) ، حتى يتيسر بذلك
لواضع اليده أن يطلب تثبيت ملكيته وأن توجيه المحكمة لهذا الطلب (استئناف مصر بدوائرها المجتمعة
٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) . وأقرت محكمة النقض بعد ذلك ما قضت به
محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة ، وقال إن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد
الإهمال فقط مدة ٣٣ سنة ، بل إنها تستمر حاصلة بلهية الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده
ثلاثاً وثلاثين سنة وضماً مستوفياً جميع الشرائط المقررة قانوناً لكسب ملكية العقار بوضع اليده
(نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢) . وانظر أيضاً نقض مدني
٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩١ ص ٢٢٦ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥
مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ -
٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة
عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ . أما محكمة الاستئناف المختلة فقد قضت بأن الوقف لا يقل -

واقباً من المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي كانت تقضى بعدم جواز سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة مع الإنكار للحق في هذه المدة وتمكن المدعى من رفع الدعوى وعدم العذر الشرعي (١). وكان التقدم في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أقرب إلى التقدم المسقط ، إذ أن أثره لم يكن تملك الوقف بالتقدم المكسب بل عدم جواز سماع الدعوى وفقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي .

وبعد أن ألغى الوقف الأهلي في سنة ١٩٥٢ ، لم يبق هناك مجال لتطبيق المادة ٩٧٠ مدني سالفة الذكر إلا على الوقف الخيري الذي بقي قائماً ، فأصبحت

حائزاً بالتقدم لأنه لا يجوز التصرف فيه ، غير أنه يجوز الدفع بعدم جواز سماع الدعوى إذا تركت دعوى الوقف مدة ٢٢ سنة مع إنكار الحائز للوقف (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٢ - ٢٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٠٠ - ٢٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٢ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ٢٤٥) .

وقد قن التقنين المدني الجديد قضاء محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة التي أقرته محكمة النقض ، وقد كان القضاء المذكور يلقى بين حكم لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيأخذ منها مدة الثلاث وثلاثين سنة وبين حكم القانون المدني يأخذ من أن التقدم يكسب ويقتضى حيابة تقوم ثلاثاً وثلاثين سنة . وهذا التطبيق كان يعوزه نص تشريعي ، فأوجد التقنين المدني المدني الجديد هذا النص .

ولا يجوز لمن كانت حيابة عرضية أن يملك الوقف بالتقدم ، فلا يجوز لواقف ولا ناظر الوقف أو المستأجر أو المحتكر أن يملك بذلك (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٢ ص ٦١٦ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥١ ص ١٠٩٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ١٠٩٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٤ ص ١٥١ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٠ ص ٢٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٥٢) ، وذلك ما لم تتغير صفة الحيابة تغيراً يزيل عنها صفة الوقفية ، ويكون ذلك إما بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك ، فإن الحائز في هذه الحالة ولو كان واقعاً أو ناظراً على الوقف يستطيع أن يكسب بالتقدم المال الموقوف ، متى توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملكية ودامت حيازته له مدة ثلاث وثلاثين سنة (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ (وضع يد المحتكر وورثته من بعده على الوقف هو وضع يد مؤقت لا يكسب ملكية الوقف) .

(١) أنظر آنفاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

الأعيان الموقوفة وقفا خيريا يجوز تملكها بالتقادم المكسب إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولكن هذا الحكم لم يدم طويلا ، فقد صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، كما رأينا ، يقضى بعدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم . وأصبحت الأموال الموقوفة وقفا خيريا شأنها في هذا الصدد شأن الأموال الخاصة المملوكة للدولة ، كلا النوعين من المال لا يجوز تملكه بالتقادم بموجب نفس القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وكما لا يجوز تملك الوقف الخيري بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازي . وقد كان من الحائز الاكتفاء بالحلول التقليدية المقررة في هذا الشأن وجعل المال الموقوف وقفا خيريا قابلا ككل مال آخر لملك بالتقادم ، مع إطالة مدة التقادم إلى ثلاث وثلاثين سنة كحماية خاصة للوقف . ولكن المشرع المصري لم يرد أن يقف عند هذا الحد ، وكما جعل المال الخاص المملوك للدولة غير قابل للتملك بالتقادم ، جعل أيضا غير قابل للتملك بالتقادم المال الموقوف وقفا خيريا . وبذلك أخذت الاستثناءات من القاعدة الجوهرية التي تقضى بجواز التملك بالتقادم تتكاثر ، ورجع القانون القهقري خطوات إلى الوراء في هذه المسألة الهامة .

ومهما يكن من أمر ، فإن الوقف الخيري الذي تم كسبه بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يبقى على ملك من كسبه بالتقادم ، دون أن يكون للقانون سالف الذكر أثر رجعي . أما الوقف الخيري الذي يكون في حيازة شخص وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ولم يكن قد انقضى على حيازته مدة ثلاث وثلاثين سنة ، فإنه لا يجوز تملكه بالتقادم ، ولو تمت مدة الثلاث والثلاثين سنة بعد نفاذ هذا القانون .

ويبدو أن الحماية الإضافية ، التي أسبغها القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة من جواز دفع الاعتداء عنها بالطرق الإدارية ، لا تتناول الوقف الخيري ، وذلك بالرغم من غموض النص . فإن الالتجاء للطرق الإدارية هو حق خاص بجهة الإدارة ، فلا يجوز أن يمتد إلى ناظر الوقف الخيري ولو كان هذا الناظر هو وزارة الأوقاف . هذا إلى أن جواز الالتجاء للطرق الإدارية دون القضاء هو حق استثنائي ضيق ، يجب عند غموض النص عدم التوسع في تفسيره .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧٠ مدنى يتضمن ققرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وليس للوقف أن يكسب حقا بالتقادم » . وقدورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة ما يأتى . « ولا يملك الوقف بالتقادم ، لأنه يشترط فى إنشائه أن يكون بحجة شرعية » (١) ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ « لينترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » (٢) . وقد كان القضاء غير مستقر فى هذه المسألة ، فمن الأحكام ما قضى بجواز أن يملك الوقف عينا يجوزها بالتقادم العادى فتصبح العين موقوفة (٣) ، ولكن كثيراً من الأحكام كان يقضى على العكس من ذلك بأن الوقف لا يملك عينا بالتقادم فتصبح وفقاً لأن صفة الوقف لا تثبت للأعيان إلا بحجة شرعية بعد استيفاء إجراءات خاصة ، ولأن الذى يضع يده هو ناظر الوقف وليس الوقف كشخص معنى (٤) . على أن محكمة النقض حسنت هذا الخلاف ، واستقر قضاؤها على أن للوقف أن يملك بالتقادم بحكم كونه شخصاً معنوياً له أن ينتفع بأحكام القانون فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك (٥) . وعلى ذلك يجوز للوقف الخبرى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ :

(٢) انظر آتقاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٥ ص ١٦٦ - استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ المادة ١٢ رقم ٣١٩ ص ٦٢٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المادة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ٧٥١ - طنطا الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ . المادة ١٠ رقم ٢٣٥ ص ٤٦٤ - استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٤٤ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٥ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن للوقف بصفته شخصاً معنوياً أن يملك بالتقادم كغيره من الأشخاص ، والقول بأن العين لا يصح اعتبارها موقوفة إلا إذا حرر بوقفها لإشهاد شرعى لا محل للتحدى به إلا عند قيام نزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من واضع اليد عليها (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤٠ م ٢١٤ ص ٥٧٤) . وقضت أيضاً بأن الوقف ، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً ، له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى هذا القانون ما يحرمه من ذلك . وإذا كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلاً على أن العين التى تحت يدها موقوفة وفقاً صحيحاً ولو لم يحصل

أن يضع يده على عين مملوكة مدة خمس عشرة سنة أو مدة خمس سنوات بحسب الأحوال ، فيتملكها الوقف وتصبح عينا موقوفة .

٣٧٧ - م. اوست : رأينا (١) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٠ مدني بعد تعديلها تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وهذا النص يستوقف النظر ، وكان يستوقف النظر أيضا قبل تعديل المادة ٩٧٠ مدني ، فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

أما أن الأموال الموقوفة تكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة فأمر لا يستعصى على القواعد العامة ، ويكفي أن يحوز شخص عينا موقوفة وتلدوم حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة حتى يمكن القول طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني سالفة الذكر (قبل التعديل) إن الحائز قد تملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب . وليس في هذا القول خروج على طبيعة الأشياء ، وكل ما فيه أن المشرع هنا قد نقل قاعدة عن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٧٥) بعد تحويرها تحويراً قلباً به التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى تقادم مكسب . فقد كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تجعل الوقف يكسب بالتقادم ولا تعطى دعوى استحقاق لمن حاز عينا موقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولكن تقتصر على إعطاء الحائز دعوى لا دعوى ، وهذا الدفع أقرب إلى أن يكون دعوى بالتقادم المسقط إذ أنه دفع بعدم جواز سماع الدعوى . فكان ناظر الوقف إذا طالب بعين موقوفة بعد ثلاث وثلاثين سنة

به إشهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦ .

وانظر في المعنى الذي ذهبت إليه محكمة النقض من أنه يجوز للوقف أن يكسب عقاراً بالتقادم فيصبح العقار وفقاً بدون حجة شرعية : محمد حل عرفه فقرة ١٤٠ - ص ٢٥٣ ص ٢٥٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥١٧ ص ٥٤٩ - عبد المم فرج الصلة فقرة ٣٨١ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز للوقف أن يملك عقاراً بالتقادم وأن العقار لا يصبح وفقاً دون حجة شرعية : محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٦٩ - شفيق شحاته فقرة ٢٨٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٥ .

لا تسمع دعواه ، وتضيع هذه العين على الوقف لا لأنها كسبت بالتقادم ، بل لأن الدعوى بالمطالبة بها لا يجوز سماعها . فترك المشرع فكرة عدم جواز سماع الدعوى ، أى ما يعادل التقادم المسقط ، إلى فكرة التقادم المكسب . وأعطى لمن حاز العين الموقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة دعوى استحقاق إذ جعله يملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب ، ولم يقتصر على إعطائه مجرد دفع بعدم جواز سماع الدعوى . وهذا القدر من التحويل يملكه المشرع لأنه لا يستعصى على قواعد الحيابة والتقادم المكسب ، إذ العين الموقوفة لا شك فى إمكان حيازتها وإن كانت غير قابلة للتصرف فيها ، ففى حازها شخص ودامت حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ساغ للمشرع أن يقرر أن الحيابة لهذه المدة الطويلة تكسب الحائر ملكية العين الموقوفة .

والأمر جد مختلف بالنسبة إلى حق الإرث ، فالوارث إنما يضع يده على التركة وهى مجموع من المال (universalité) ، والمجموع من المال لا يقبل الحيابة (١) . وليست التركة كالعين الموقوفة ، إذ التركة لا تقبل الحيابة كما قلنا ، أما العين الموقوفة فتقبل الحيابة . لذلك كان انتقال المشرع فى العين الموقوفة من التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى التقادم المكسب أمراً مستساغاً ، ما دامت العين الموقوفة تقبل الحيابة ، فجعلت حيازتها مدة ثلاث وثلاثين سنة سبباً لكسب ملكيتها . أما انتقال المشرع فى حق الإرث من التقادم المسقط إلى التقادم المكسب ، على الوجه الذى سار عليه فى العين الموقوفة ، فأمر غير مستساغ . إذ التركة مجموع من المال لا يقبل الحيابة ، فقول المشرع إن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيابة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية فى الحيابة ولا يمكن التسليم به . والواجب أن يقال إن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أى لا يجوز سماع الدعوى فيه ، لا أن يقال إن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب . وعلى ذلك يجب أن ينتقل الكلام فى حق الإرث من التقادم المكسب إلى التقادم المسقط (٢) . ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) انظر آنفاًقرة ٢٥٢ .

(٢) وهذا ما كان يجرى عليه القضاء فى عهد التتتين المذكور السابق (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - محمد كامل مرسى

التمهيدى ، فهي قد أبرزت هذا الخطأ إذ تقول : « أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة ، والتقدم هنا مسقط لا مكسب ، لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة ١٤٢١ (م ٩٧٠ مدنى) وجعل الكلام عنها فى التقدم المسقط ، (١) ولكن هذه الإشارة فى المذكرة الإيضاحية التى كان من شأنها وضع المسألة فى وضعها الصحيح لم تنفذ ، وبقي حق الإرث مذكوراً فى التقدم المكسب على أنه يجوز تملكه بهذا التقدم بعد حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة : من أجل كل ذلك تميل إلى القول بأن الفقه والقضاء يجب عليهما تصحيح هذا الخطأ غير المقصود فى التشريع ، والذي نهت المذكرة الإيضاحية إلى وجوب تصحيحه ولكنه لم يصحح طوال المراحل التشريعية التى سار فيها النص . ويترتب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقدم لأنه غير قابل للحيازة ، وإنما تكسب أعيان التركة ، كل عين على حدة ، بالتقدم المكسب ، إذا حاز العين حائز وانقضى على حيازته لما خمس عشرة سنة ، لا ثلاث وثلاثون سنة .

ولكن حق الإرث يسقط بالتقدم المسقط ، أو بعدم جواز الدعوى . فإذا سكت الوارث ، مع التمكن ودون عذر شرعى ، عن مطالبة سائر الورثة بحقه فى الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة (٢) ثم رفع دعوى المطالبة

٤ ققرة ٣٧١) - أما إذا قام النزاع لا على حق الإرث ، ولكن على ملكية عين بالذات داخلة فى التركة ، فإن الحائز لهذه العين ، ولو كان وارثاً آخر ، وتسلكت بالتقدم المكسب العادى (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٤ ص ٢٦٧ - استئناف وطنى ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣ - استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ . ٢٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) وقد كان هناك خلاف فى رأى فى عهد التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بمدة التقدم . فرأى كان يذهب إلى أن هذه المدة ثلاث وثلاثون سنة تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٥٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ المحاكم ١١ ص ٢٢١٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . ورأى آخر كان يذهب إلى أن المدة هى خمس عشرة سنة وهى مدة التقدم العادى (استئناف وطنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦ ص ٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧) .

بالإرث بعد ذلك ، فإن أقر له الورثة بحقه ، قضى له به وسلم نصيبه في التركة .
أما إذا أنكرت الورثة عليه حقه ، ودفعوا دعواه بعدم جواز سماعها أو
بسقوطها بالتقادم ، قضى بعدم جواز سماع دعواه (١) . وفي هذه الحالة
الأخيرة يبقى سائر الورثة وورثتهم من بعدهم على ما كانوا عليه من حيازة
أعيان التركة ، كل بقدر نصيبه . وإذا كان في يد أحدهم جزء من نصيب
الوارث الذي قضى بعدم جواز سماع دعواه ، فإنه لا يملك هذا الجزء
بالتقادم المكسب ، وإنما قضى له بعدم جواز سماع الدعوى فيه ، فبقى في
يده على هذا الأساس (٢) .

٣٧٨ - موضوع الحق الذي يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لعنصرها

والمالية من العيوب : ويجب أن يخضع الحق الذي يكسب بالتقادم خضوعاً
فعلياً لحيازة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي . فالسيطرة المادية وحدها ،
وهي العنصر المادي ، لا تكفي ، بل يجب أن تقترن بالعنصر المعنوي . وإذا
اقتصرننا على حق الملكية في العقار أو في المنقول ، فإنه يجب أن يحوز الشخص
العقار أو المنقول حيازة مادية مقترنة بنية أنه يحوزه لحساب نفسه باعتبار أنه
مالك . أما الحيازة العرضية ، وهي الحيازة المادية المجردة من العنصر
المعنوي أو الحيازة لحساب الغير ، فإنها لا تكفي في تملك العقار أو المنقول

(١) أنظر من هذا الرأي محمد كامل مرسى : فقرة ٣٧٢ - اسماعيل غانم ص ١٢٥ -
عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٤ ص ٤٠٦ - وقرب
عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥١٦ . وقارن محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٤٧ - شقيق شحاته فقرة ٢٨٧ .
(٢) أما إذا وضع وارث يده على عين بالذات من أعيان التركة باعتبارها مالاً لها لا عن طريق
الإرث ، فإنه يملك هذه العين إذا دامت حيازته لها مدة خمس عشرة سنة (لامدة ثلاثين سنة)
بالتقادم المكسب ، ولو أنه تبين بعد ذلك أن الوارث الذي قضى بعدم جواز سماع دعواه بعد
ثلاث وثلاثين سنة كان يملك جزءاً شائعاً من هذه العين يحكم أنه أحد الورثة وله نصيب شائع فيها .
وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدفع بعدم جواز سماع الدعوى الذي يمنع المحاكم من سماع
خصايا التركات بعد مضي ٣٣ سنة عليها لا يترتب عليه أدنى تأثير فيما يتعلق بالدفع بالتملك بمضي
المدة الذي يملك به من وضع يده مدة ١٥ سنة على عين من أعيان التركة (استئناف وطني ٣٠
مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . وانظر أيضاً استئناف وطني
١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - مصر ٢٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق
٧ ص ٣٠٧ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ .

بالتقادم المكسب (١) : وإذا أراد الحائز العرضي الذي يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه أن يغير صفة هذه الحيازة العرضية وأن يحولها إلى حيازة أصيلة لحساب نفسه بحيث يستطيع أن يملك العقار أو المنقول بالتقادم المكسب عن طريق هذه الحيازة ، فلا يكفي في ذلك تغيير نيته وتصريحه بأنه أصبح يحوز العقار أو المنقول لحساب نفسه لا لحساب غيره . بل يجب عليه أن يلجأ في ذلك إلى إحدى الطريقتين اللتين عينهما القانون لهذا الغرض ، إما بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر منه هو يعارض به حق المالك ويجابه ، وقد بينا ذلك تفصيلاً فيما تقدم (٢) .

ويجب ، فوق استيفاء الحيازة لعنصرها ، أن تكون خالية من العيوب ، حتى يمكن أن تؤدي إلى التملك بالتقادم . فالحيازة المميبة لا تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ما دام العيب ملائماً لها . وقد فصلنا فيما تقدم عيوب الحيازة ، وذكرنا أن هذه العيوب أربعة ، هي عدم الاستمرار والخفاء (٣) وعدم الهدوء والغموض (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت في أسباب حكمها أنه لم تكن لدى الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك ، مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع ، فإن في هذا ما يعتبر رداً ضريبياً على ما يتسك به مدعي الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل والتقادم القصير مع السبب الصحيح وحينئذ (نقض مدني ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) وقل أن تكون حيازة المنقول بسوء نية خالية من عيب الخفاء ، فإن الحائز يحاول عادة إخفاء المنقول عن عين صاحبه ، ويسعى في ذلك أن المنقول سهل الإخفاء في أغلب الأحوال . وعلى ذلك لا تنتج الحيازة بسوء نية أثرها في تملك المنقول ، ولو دامت هذه الحيازة خمس عشرة سنة ما دامت حيازة خفية (مازو فقرة ١٥١٦ ص ١٢٢٠) . وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل نادر الحصول على كل حال ، ليس فحسب لأن الحيازة يشوبها عادة عيب الخفاء ، بل أيضاً لأن المنقول بخلاف العقار لا يقوى على البقاء مدة طويلة في أغلب الأحيان .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٢٧٣ - فقرة ٢٨٧ - وقد بينا أن عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق ، لكل الذي مصلحة أن يتسك به ، وأنه إذا زال وتحولت الحيازة إلى حيازة مستمرة خلت الحيازة من العيب ، ومنذ خلوها منه يمكن أن تؤدي إلى التقادم (انظر آتفاً فقرة ٢٧٧) . أما عيب الخفاء فهو عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت منه الحيازة . فإذا زال وظهرت الحيازة وعلم بها المالك أو استطاع أن يعلم بها أصبحت الحيازة خالية من عيب الخفاء ، وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آتفاً فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨١) . وكذلك عيب عدم -

ونرى من ذلك أن العقار أو المتقول المراد تملكه بالتقادم المكسب يجب أن يحوزه الشخص حيازة مستوفية لعنصرها وخالية من العيوب . ثم يجب فوق ذلك أن تدوم هذه الحيازة على النحو المتقدم الذكر مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وهي المدة اللازمة التي عينها القانون لاكتمال التقادم ، أي مدة التقادم المكسب الطويل (١) ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

٢٥ - مدة التقادم المكسب الطويل

٣٧٩-المسائل الواجب بحسبها : مدة التقادم المكسب الطويل هي كما قدمنا خمس عشرة سنة ، ولا يجوز الاتفاق على تعديلها . ويقتضى الأمر أن

سالمهوء عيب ندى لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الاكراه ، فإذا زال بانقطاع الإكراه هذه الحيازة ، أصبحت الحيازة خالية من العيوب وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آتفاً فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤) . والغرض أيضاً عيب ندى لا يكون له أثر إلا قبل من التمس عليه الأمر ، فإذا زال بانتفاء العيب ، أصبحت الحيازة خالية من العيب صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آتفاً فقرة ٢٨٦ - فقرة ٢٨٧) .

(١) وحيازة الشخص للمين حيازة مستوفية لعنصرها وخالية من العيوب المدة اللازمة للتقادم من مسائل الواقع التي تترك لتقدير قاضي الموضوع ، وهذا كله أمر مادي يجوز إثباته بجميع الطرق وتدخل في ذلك البيئة والقرائن - أنظر نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٦ رقم ٧٩ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٩ رقم ٩٩ - ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٦ رقم ٧٣ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣ ص ٢١ - ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٦ ص ٢٣٨ - ١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٣ ص ٨٣٥ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣٦ ص ١٩٩ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٣٠٢ ص ٦٨٩ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٧٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٠ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٧ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٨ رقم ٩٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٨٤ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ - ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٥٧ ص ١٠٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢ - ٢١ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٠ ص ٤٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٩ ص ٩٣٨ .

نبحث في هذا الصدد كيفية حساب هذه المدة ، وبدء سريانها ، والقرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها ، وضم المدد في حالة تعاقب الحائزين .

٣٨٠ - مقدار مدة المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز

الانحياز على تعديلها : رأينا (١) أن المادة ٩٦٨ مدني تنص على أن « من حاز متقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » : فمدة التقادم المكسب الطويل هي إذن ، كما تبين من هذا النص ، خمس عشرة سنة كاملة .

وهذه المدة تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها ، لا عن طريق إطالتها ولا عن طريق تقصيرها . وقد رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل المدة ، فوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المادة ١/٣٨٨ مدني ، وهي تنص على أنه : « لا يجوز التزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » . فلا يجوز إذن الاتفاق بين الحائر والمالك (٣) على أن تكون مدة التقادم المكسب الطويل أكثر من خمس عشرة سنة ، كما

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) يصعب تصور مثل هذا الاتفاق عملاً ، فالحائر إنما يجوز عيناً مملوكة لغيره بنية تملكها ، فكيف يتأتى أن يتفق مع المالك الذي اغتصب منه العين على أن تكون مدة التقادم أطول أو أقصر من خمس عشرة سنة . وكان يمكن القول إن قاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة غير التي عينها القانون للتقادم إنما هي قاعدة تتفق مع طبيعة التقادم المسقط وتستلزم على طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم لا مجال لتطبيقها على التقادم المكسب - على أنه من الممكن أن نتصور ، وإن كان ذلك فرضاً بعيد الوقوع ، أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه في حالة تغير المستأجر صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة أصيلة ، تكون مدة التقادم عشرين سنة مثلاً ، فيكون هذا الاتفاق باطلاً ، كما يكون باطلاً الاتفاق على التزول أصلاً عن التقادم في مثل هذا الفرض (كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٩٧٤) .

لا يجوز الاتفاق على أن تكون أقصر من خمس عشرة سنة ، بل يتحتم أن تكون المدة خمس عشرة سنة لا تزيد ولا تنقص (١) .

ويحرم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، إذ قد يكون وسيلة إلى التزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة مثلاً أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة التزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية . ولكن القضاء الفرنسي يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لمطالبة المالك بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد لا يمكنه من ذلك عملياً . أما التقنين المدني المصري الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح في المسألة . ففرض في المادة ١/٣٨٨ مدني كما مر القول بتحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم ، التي حددها القانون بخمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل ، ملزمة للطرفين فلا يجوز فيما أن يتفقا على تعديلها . فتكون مدة التقادم إذن من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشئنة الأفراد . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم المكسب الطويل ، وهي خمس عشرة سنة ، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً ، لم يعتد بهذا الاتفاق ، بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة . وإذا اتفق الطرفان على إطالة المدة إلى عشرين سنة مثلاً أو خمس وعشرين ، كان هذا الاتفاق باطلاً ، وتبقى مدة التقادم خمس عشرة سنة كما حددها القانون (٢) .

على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم المكسب الطويل لا يمنع من أن هذه المدة قد تطول فعلاً بطرق أخرى . فإذا وقف سريان التقادم ، طالت مدته بمقدار المدة التي وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التي انقطع في آخرها وهي المدة التي أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التي يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر . وقد تطول المدة على هذا الوجه ، من الناحية العملية ، إلى ثلاثين سنة أو إلى أربعين أو إلى أكثر من ذلك (٣) .

(١) وكذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب القصير وهي خمس سنوات ، فلا يجوز الاتفاق على جعلها مدة أطول ولا على جعلها مدة أقصر .

(٢) انظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٢ وقررة ٦٥٨ .

(٣) انظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٥٩ .

٣٨١- كيفية حساب مدة التقادم : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدني

تقضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، فوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المادة ٣٨٠ مدني ، وهي تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » . فتحسب إذن مدة التقادم المكسب الطويل ، وهي خمس عشرة سنة كما قدمنا ، بالأيام لا بالساعات . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لا تقضي الأمر أن نعرف في أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته (٢) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي ، وفقاً للتقويم الميلادي (٣) . ويقتضي هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو هو جزء من يوم (٤) . فالحساب بالأيام يقتضي إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذي تم به عدة التقادم خمس عشرة سنة كاملة ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . ولذلك تقول المادة ٣٨٠ مدني كما رأينا . « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . فإذا بدأ سريان التقادم المكسب الطويل يوم ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ مثلاً ، فإن التقادم يكتمل عند منتصف الليل الذي يفصل ما بين يوم ٥ فبراير سنة ١٩٦٥ و ٦ فبراير سنة ١٩٦٥ (٥) .

ويدخل في الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الاجراءات بشأن قطع التقادم في هذا اليوم . فإن كان هذا اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٨ .

(٣) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ انجامة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٨ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ - وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٦ -

سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم بانقضاء هذا اليوم دون أن يتخذ المالك إجراء يقطع به سريان التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء بحسب مدة التقادم وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالتقويم الهجرى (٢) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى وتنص على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٣) » .

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٧ - ويذهب أكثر الفقهاء إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير ولو كان يوم عطلة (لوران ٣٢ فقرة ٢٥٥ جيوار فقرة ٨٨ - ترولون ٢ فقرة ٨١٦ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٧ - أنسيلكو بيدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٦٦ ص ٦٩ - شفيق شحاته فقرة ٢٩٠ ص ٢٩٥ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢١) . هذا وقد اعتدنا على الرأى الذى نقول به فى المتن على أن التقادم يوقف سريانه بالقوة القاهرة إذا كان آخر يوم فيه هو يوم عطلة ، إذ يتخذ اتخاذ إجراء قضائى فى هذا اليوم لقطع التقادم (أنظر من هذا الرأى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٧ - عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ٢٣٠) .

(٢) استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٨ ص ٨٤٩ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٠ ص ٢٧١ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ .

(٣) أنظر الوسيط ١٠ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨ - وقد يقع أن يكون مدة التقادم الطويل قد اكتملت بحسب التقويم الهجرى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فتم التقادم ويكسب الماتر ملكية العقار أو المنقول ، حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت مدة التقادم المكسب الطويل لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن بحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى . ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لا اكتمال التقادم فى الحالة التى نحن بصددنا هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلاً من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كاملة على الأقل (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨) .

٣٨٢- بدء سريان مدة التقادم : وينبني على ما قدمناه أن مدة التقادم يبدأ سريانها من اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيازة ، أى فى منتصف الليل الذى يعقب مباشرة اليوم الذى بدأت فيه الحيازة . فقد قدمنا أن اليوم الذى بدأت فيه الحيازة فعلاً هو بالضرورة يوم ناقص أو هو جزء من يوم ، فلا يحسب Dies a quo non computatur in termino (١) .

٣٨٣- بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقررة بأجل واقف : فإذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية معلقاً على شرط واقف ، وجب تطبيق المادة ٣٨١ مدنى الواردة فى التقادم المسقط ، إذ أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى كما رأينا (٢) بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها (٣) . وقد نصت المادة ١/٣٨١ و ٢ فى خصوص التقادم المسقط على أنه ١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى يتقضى فيه الأجل : .

فإذا طبقنا هذه الأحكام على التقادم المكسب ، ترتب على ذلك أن المالك تحت شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم المكسب إلا من وقت تحقق الشرط . فقبل تحقق الشرط لم يكن حق المالك نافذاً وإن كان موجوداً ، والعبرة فى بدء سريان التقادم بتنفيذ الحق لا بوجوده (٤) . فإذا باع شخص

(١) بلانيون وريير ويكار ٣ فقرة ٦٩٥ ص ٧٠٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٨ ص ٥٨٨ وهاشم ١ - محمد كامل مرمى ٤ فقرة ١١٠ ص ١٠٩ هاشم ٢ (ويقصر على التساؤل دون أن يثبت فى المسألة) .

(٤) الوسيط ٢ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦١ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٠٢ - وعلى ذلك يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الحق المطلق على شرط قاسخ ، من وقت وجود الحق لأنه يكون نافذاً من وقت وجوده (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦٢) .

متزلاً لمشتري تحت شرط واقف ، أو أوصى بالمتزل لشخص معلقاً الوصية على شرط واقف ، كان المشتري أو الموصى له مالكاً للمتزل تحت شرط واقف . فإذا وضع الغير يده على المتزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه ، أمكن لو اضع اليد أن يملك المتزل بالتقادم المكسب . ولكن بدء سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة ، بل من وقت تحقق الشرط الواقف حيث تكون الملكية نافذة ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها (١) .

ومثل الحق المعلق على شرط واقف الحق المقترن بأجل . فإذا كان لشخص حق انتفاع في منزل يؤزل إليه بعد انقضاء زمن معين ، كان حق الانتفاع هذا مقترناً بأجل . فإذا وضع شخص يده على حق الانتفاع المؤجل أمكن أن يملكه بالتقادم ، ولكن لا يبدأ سريان التقادم وقت وضع اليد وقبل حلول الأجل ، لأن الحق لم يكن نافذاً في هذا الوقت وإن كان موجوداً . وإنما يبدأ سريان التقادم في الفرض الذي نحن بصدد من وقت حلول الأجل الواقف حيث يصبح حق الانتفاع نافذاً ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذه (٢) .

(١) كولان وكاييتان ودي لاموراندوير ١ فقرة ١١٩٣ - ولا يقال إن الشرط الواقف إذا تحقق كان لتحقيقه أثر رجعي فيعتبر المالك تحت شرط واقف مالكاً منذ وجود الشرط لا منذ تحققه ، فإن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا من قبيل الافتراض أو المجاز (fiction) وليس للافتراض أو المجاز قوة الحقيقة ، ومن ثم لا ينفذ حق المالك تحت شرط واقف إلا بتحقيق الشرط ومن وقت تحققه ، والمبرة في بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده . فالقاعدة إذن هي أن يبدأ سريان التقادم من وقت نفاذ الحق ، إذ أن صاحب الحق لم يكن يستطيع المطالبة به قبل استحقاقه . وينبغي أن يكون المالك في خلال مدة التقادم قادراً على المطالبة بحقه ولم يفعل ، فيتقادم الحق جزاء له على إهماله (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٥ ص ١٠٥٩) .

(٢) ويذهب القضاء في فرنسا إلى هذا الرأي ، فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، وبالنسبة إلى الحق المقترن بأجل واقف إلا من وقت حلول الأجل . وعنده أن التقادم المكسب لا يقوم على الحيازة فحسب ، بل أيضاً على إهمال المالك في المطالبة بحقه ، ولا يكون المالك مهملًا إذا هو لم يطالب بحقه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل إذ أنه كان لا يستطيع المطالبة بحقه في ذلك الوقت . أما القول بأن المالك كان يستطيع ، قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل أن يتخذ إجراءات تحفظية ومنها قطع التقادم ، فيمكن الرد عليه بأن الدائن تحت شرط واقف أو لأجل واقف كان يستطيع هو أيضاً اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، ومع ذلك فلا نزاع في أن سريان التقادم بالنسبة إليه لا يبدأ -

٣٨٤ - برء سريانه صرة التقادم بالنسبة إلى الحقوق الاجتماعية :

قدمنا (١) أن الحق الاحتمالي هو حق يتقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى . والفرق بين الحق الاحتمالي والحق المعلق على شرط واقف أنه يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط إذ أن الشرط أمر عارض ، أما الحق الاحتمالي فحق يتقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً كما سبق القول فلا يمكن تصور قيام هذا الحق الكامل دون استكمال هذا العنصر الجوهرى . ومن أمثلة الحق الاحتمالي حق الموصى له قبل أن يموت الموصى ، فلا يكون للموصى له قبل موت الموصى إلا حق احتمالي قد نقصه

= إلا من وقت تحقق الشرط أو من وقت حلول الأجل . أنظر في هذا المعنى في القضاء الفرنسى : نقرر فرنسى ٤ مايو سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦ - ١ - ٢٥٥ - ٢٨ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٨٩ - ٩ يولييه سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٢٤٣ - ٨ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ١ - ٢٢٤ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩١٥ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ٦ . وقد صدر حكم يقضى بأنه إذا باع صاحب حق الانتفاع العين المتفع بها ، انتفاعاً ورقبة ، فإن المشتري يستطيع أن يتسلق الرقبة بالتقادم ، ويبدأ سريان التقادم من وقت وضع المشتري يده على العين حتى قبل انقضاء حق الانتفاع (ليموج ١٧ يونيو سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٧ - ٢ - ٣٠١) . وهذا الحكم لا يتعارض مع القضاء السابق ، فإن مالك الرقبة يملكها في الحال وليست ملكيته مقترنة بأجل هو انقضاء حق الانتفاع ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الرقبة من وقت وضع اليد ، ولا حاجة لتأخير سريانه إلى وقت انقضاء حق الانتفاع (بلا نيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٧ ص ٧٠٧ - أنسيكلويدى دالوز لفظ Prescription civile فقرة ١٠٩ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٥)

أما الفقه في فرنسا فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يؤيد القضاء الفرنسى فيما ذهب إليه (بلا نيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٦ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلا نيول وريير وبولانجييه ١ فقرة ٣١٥٤ - ييدان ٤ فقرة ٧٧١ ص ٨٨٥ - ص ٨٥٦ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٩٣) . وهناك رأى آخر يعارض القضاء الفرنسى ويذهب إلى أن التقادم يبدأ سريانه ، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، من وقت وضع اليد ولا يتأخر بدء السريان إلى وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٩٦ وما بعدها . بمنوار ص ٣٩٩ وما بعدها) . وهناك من الفقهاء من يكتفى بعرض انقضاء والفقه في المسألة دون أن يتخذ موقفاً فيها (مازوفقرة ١٤٩٤ - مارتى وريينو فقرة ١٩٢ ص ٢٠٧ - كاربونيه ص ٢١٣) . وانظر في المسألة أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠٥ - فقرة ١١٠

(١) أنظر الوسيط ٢ فقرة ١٦ .

عنصر من العناصر الجوهرية لتكوينه وهو موت الموصى ، ولا يعتبر هذا الموت شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق . ومن أمثلة الحق الاحتمالي أيضاً حق الموعود له بالبيع ، فهذا الحق لا يوجد ولا يستكمل عناصره الجوهرية إلا إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء ، ولا يعتبر إبداء الرغبة شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق .

وإذا كان الحق المعلق على شرط واقف والحق المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهما إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل ، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذاً ، فأولى أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحق الاحتمالي . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق الاحتمالي إلا من وقت استكمال عناصره الجوهرية ، وصيرورته حقاً موجوداً نافذاً . وعلى ذلك لا يبدأ سريان التقادم في العين الموصى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى ، ففي هذا الوقت فقط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية . وكذلك لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى حق الموعود له بالبيع إلا من وقت إبداء رغبته في الشراء ، ففي هذا الوقت فقط يوجد حقه وينفذ باستكمال عناصره الجوهرية (١) .

٣٨٥ - القرينة على قيام الحيازة ما بين مدة التقادم وهرابنها -

نص قانونى : تنص المادة ٩٧١ مدنى على ما يأتى :

« إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقيم الدليل على العكس » (٢) . وهذا النص مماثل المادة ٢٢٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى ،

(١) بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ٦٩٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٥ - أنيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٢ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ١٨٤ ص ٢٧٥ - عبد النعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عكس ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٤١٤ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحيازة في الحال قرينة على قيامها في وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق في الحيازة . وبعد في هذه الحالة حائزاً من به التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفي -

وهي تنص على أن « الحائز الحال الذي يثبت أنه قد حاز في وقت سابق يفترض فيه أنه قد حاز في الفترة المتوسطة ما بين الزمنين ، إلا إذا ثبت عكس ذلك » . وهذه القاعدة كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ، نقلها واضعوا التقنين المدني الفرنسي عن Dunod وهو فقيه معروف من فقهاء القانون الفرنسي القديم المتأخرين ، ويعبر عنها بالعبارة اللاتينية الآتية (*Probatis extremis media praesumuntur*)

فيكفي الحائز إذن ، ليثبت أن حيازته دامت خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم المكسب الطويل ، أو دامت خمس سنوات وهي مدة التقادم المكسب القصير (١) ، أن يثبت أنه يحوز العين حالا ، وأنه قد حازها بنفسه أو بواسطة سلف له في زمن سابق يرجع إلى خمس عشرة سنة أو خمس سنوات من قبل . وعند ذلك يقيم القانون قرينة قانونية على أن الحيازة بقيت مستمرة في الفترة ما بين الزمنين ، أي بقيت مستمرة طوال مدة الخمس عشرة سنة أو طوال مدة الخمس السنوات بحسب الأحوال . وعلى ذلك يكون الحائز قد أثبت ، بفضل هذه القرينة القانونية ، على أنه بقي حائراً طوال المدة اللازمة للتقادم . ولكن هذه القرينة القانونية قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يدحضها بأن يثبت بجميع طرق الإثبات أن

مجلس الشيوخ حذف الفقرة الثانية واكتفاء بالقواعد العامة في وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو الشهود أو السندات ، فأصبح النص ، تحت رقم ٩٧١ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لحت (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٠ - ص ٥٠١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٤/٧٨ : من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة ، وكان واضحاً يده في الحال ، فالتوسط بين المتين يعتبر وضع يده ، عالم يثبت ماينافي ذلك .

(وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٩٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٩ : إن وضع اليد للثابت وقوعه بزمان معين ،

ووضع اليد الحال ، يرجحان قيام اليد في الفترة الواقعة بينهما ، عالم يثبت خلاف ذلك .

(وحكم القانون اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) أو دامت سنة واحدة وهي المدة اللازمة في بعض دعاوى الحيازة .

الحيازة لم تستمر في الفترة ما بين الزمنين بأن انتزعت من الحائز مثلاً أو نُحِلَّ عنها ، أو يثبت أن الحيازة وإن استمرت فعلاً في الفترة ما بين الزمنين إلا أنها قد شابها عيب من عيوب الحيازة فجعلها غير صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (١) .

والواجب ، حتى تقوم القرينة القانونية سالفة الذكر ، أن يثبت الحائز أربعين : (١) أنه حائز للعين حالا ، حيازة مستوفية لجميع شرائطها أي خالية من العيوب ، بأن تكون الحيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة : واستمرار الحيازة معناه أن تكون الحيازة قد استقرت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون هذه المدة سنة فاية مدة يمكن أن يستخلص منها استمرار الحيازة وانتظامها تكفي (٢) . ويستطيع الحائز أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما في ذلك البيعة والقرائن والمعايينة ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . (٢) وأنه قبل خمس عشرة سنة أو قبل خمس سنوات ، كان هو أو سلفه من مورث أو موص أو بائع أو نحو ذلك يحوز العين هذه الحيازة المستوفية للشروط ، أي حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة ، ويكفي في الاستمرار هنا أيضاً أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون قد استمرت سنة كاملة (٣) . ويستطيع الحائز هنا أيضاً أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات . ولا بد أن يثبت الحائز كلا من الأمرين المتقدمين الذكر ، ولا يغني إثبات أحدهما عن إثبات الآخر :

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بودري وتيسيه فقرة ٢٤٥ مكررة - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٥ - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨ - استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ ص ٤٥٢ .

(٢) ونرى أن القرينة القانونية تكون قائمة ، حتى لو كان الحائز قد انتزعت منه الحيازة بحيث لا يستطيع إثبات أنه الحائز الحال ، وحتى لو لم يسترد هذه الحيازة في خلال السنة . فني أثبت أنه كان حائزاً في وقت معين ولو لم يكن حائزاً حيازة حالية ، واثبت أنه كان حائزاً أيضاً في وقت سبق أيا كان هذا الوقت ، قامت القرينة القانونية على استمرار الحيازة في الفترة ما بين هذين الوقتين .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٢١٥ .

فأثبتت الحيازة السابقة لا يغنى من وجود الحيازة الحالية ، كما أن إثبات الحيازة الحالية لا يفترض وجود الحيازة السابقة (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧١ مدنى سالفه الذكر يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة . ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » (٢) . فكان لإثبات الحيازة الحالية ، طبقاً لهذا النص ، يفترض وجود الحيازة السابقة ، بشرط أن يكون لدى الحائز سند كمقد شراء يعطيه الحق فى الحيازة ، وبشرط أن يكون هذا السند ثابت التاريخ . فإذا توافر هذان الشرطان افترض وجود حيازة سابقة من بدء التاريخ الثابت للسند ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك . ومتى افترض وجود الحيازة السابقة ولم يتم دليل عكسى ، افترض أيضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس استمرار الحيازة من بدء التاريخ الثابت للسند إلى وقت قيام الحيازة الحالية وفقاً للقرينة القانونية التى تقدم ذكرها (٣) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة فى وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو بالشهود أو بالسندات » (٤) . وينبنى على حذف هذا النص أن وجود سند

(١) وإثبات قيام الحيازة فى وقت معين وقيامها حالاً من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٩) .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بل إن قيام الحيازة حالاً ، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة ، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك . ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلاً ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة ، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة ، وأنه مستمر فى حيازته إلى اليوم ، وعلى خصمه أن يثبت العكس إذا ادعاه . وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيازة ، بدءاً واستمراراً (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٥٠٨) .

(٤) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

ثابت التاريخ يعطى الحق فى الحيازة لا يكون قرينة قانونية على قيام الحيازة وقت هذا التاريخ الثابت ، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون قرينة قضائية يأخذ بها القاضى أو لا يأخذ ، وهى على كل حال قرينة قابلة لإثبات العكس (١) .

٣٨٦- ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين : ويقع فى العمل ألا يكون شخص واحد هو الذى حاز العين ، وبقي بشخصه حائراً لها مدة خمس عشرة سنة فملكها بالتقادم المكسب الطويل . بل يحدث كثيراً أن عدة أشخاص يتعاقبون على حيازة العين ، فيعقب الوارث المورث ، أو يعقب المشتري البائع ، وعندئذ يكون هناك مجال لضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف حتى يبلغ مجموع المدد خمس عشرة سنة ، وهى المدة اللازمة لتسلك بالتقادم المكسب الطويل :

وقد سبق أن ميزنا فى هذا الصدد بين الخلف العام والخلف الخاص ، وبين كيف تضم المدد فى كل من الحالتين (٢) .

فما يتعلق بالخلف العام ، سبق أن قررنا (٣) أن الوارث يستطيع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه . فإذا كان المورث سى^١ النية فانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث ولو كان هذا الأخير حسن النية ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم المكسب الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه ، ولتكن خمس سنوات مثلاً ، إلى مدة حيازته هو إذا بلغت عشر سنوات على الأقل . وإذا كان المورث عنده سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٨ ص ١٩٨ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ - فقرة ٣٠٧ - وقد رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧) أن المادة ٩٥٥ مدنى تنص على أن ١- تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سى^١ النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاو له أن يتمسك بحسن نيته .
٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثره . هذا ويجب على من يريد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة ص ١ رقم ١٨٧ ص ٥٢٢) .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

وبالسبب الصحيح . فإذا كان المورث قد بقي حائزاً للعقار مدة سنتين ، كان للوارث ولو كان سيء النية ، إذا بقي حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات ، أن يضم إليها مدة حيازة سلفه وهي سنتان ، فيستكمل بذلك خمس السنوات اللازمة لتملك العقار بالتقادم المكسب القصير . وإذا كان المورث حسن النية وليس لديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة ست سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيازة للوارث ، فإنها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية وبمجردة من السبب الصحيح كما كان الأمر في شأن المورث . ولا يستطيع الوارث في هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقي حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه . وفي الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقي حائزاً تسع سنوات أخرى إذ تضم إليها حيازة مورثه وهي ست سنوات^(١) . وفيما يتعلق بالخلف الخاص ، سبق أن قررنا^(٢) أن له أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة في ذلك . فإذا كان السلف سيء النية وبقي حائزاً للعين مدة عشر سنوات مثلاً ، ثم باع العين إلى مشتر هو أيضاً سيء النية ، فللمشتري أن يملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائزاً لها مدة خمس سنوات أخرى إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة سنتين ، ثم نقل الحيازة إلى المشتري وكان هذا أيضاً حسن النية ، فللمشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزاً له مدة ثلاث سنوات أخرى ، إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع سيء النية ، وبقي حائزاً

(١) وقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٢٠١) أنه إذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فإن الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية ، ولا يجديه بعد ذلك أن يثبت حسن نيته . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يملك في هذا الفرض إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٧ .

للعقار مدة أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية ، فالمشتري يستطيع أن يملك بالتقادم القصير إذا بقي حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه في هذا الفرض يفضل أن يملك بالتقادم الطويل ، إذ يستطيع في هذه الحالة أن يملك العقار إذا بقي حائزاً له مدة سنة واحدة بدلاً من خمس سنوات ، لأنه يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا فرضنا العكس وكان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة أربع سنوات فقط ، ثم باعه إلى مشتر سيء النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً للبائع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سيء النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل ، فإذا هو حازه إحدى عشرة سنة أخرى استطاع أن يضم إليها مدة حيازة البائع وهي أربع سنوات فيستكمل بها مدة التقادم الطويل . وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى وذلك تبعاً لمصلحته . فله أن يتمسك بحيازته هو وحدها ، وأن يسقط حيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان البائع سيء النية وحاز العقار لمدة ست سنوات مثلاً ، ثم باعه إلى مشتر حسن النية بقي حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع المشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير ، ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو ، دون حيازة البائع . أما إذا أراد ضم حيازة البائع سيء النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، فيحتاج إلى حيازة مدتها تسع سنوات بدلاً من خمس ، ولذلك يفضل أن يتمسك بحيازته هو المقررة بحسن النية وبالسبب الصحيح دون حيازة البائع المقررة بسوء النية (١) . وله أن يتمسك بحيازة سلفه دون حيازته هو إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتتحقق هذه المصلحة إذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان المشتري سيء النية . فإذا كانت مدة حيازة البائع قد بلغت خمس سنوات وبلغت مدة حيازة المشتري ثمانى سنوات ، فإن من مصلحة المشتري أن يتمسك بحيازة البائع وحدها وأن يسقط حيازته هو . فقد بلغت حيازة البائع

(١) استئناف وطنى ١١ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٤٧ ص ٤٣ - أول يونيو

سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ .

خمس سنوات وهو حسن النية ولديه السبب الصحيح وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير ، فتخلص للمشتري ملكية العقار نقلا عن البائع كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد المشتري أن يتمسك بمدة حيازته المقرنة بسوء النية ، فإنه لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة البائع وهي خمس سنوات إلى مدة حيازته وهي ثمانى سنوات ، لنقصه سنتان حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة . فصلحته إذن في هذا الفرض هي ألا يتمسك بحيازته ، وأن يقتصر على التمسك بحيازة البائع :

٣ - وقف التقادم المكسب وانقطاعه

(١) وقف التقادم المكسب

(Suspension de la prescription)

٣٨٧ - سرية قواعد التقادم المسقط على وقف التقادم المكسب فيما

عدا ملكا واحدا - نص قانوني : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بأن تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بوقف التقادم مع مراعاة أحكام معينة . وقد قررت المادة ٩٧٤ مدني حكماً يخالف فيه وقف التقادم المكسب وقف التقادم المسقط ، فنصت على ما يأتي :

« أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه (٢) » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن وقت التقادم المسقط في التقنين العراقي يقف

أيا كانت مدة التقادم ولا يتقيد بتقادم مدته تزيد على خمس سنوات ، وكذلك يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويخلص مما تقدم أن قواعد التقادم المسقط في وقف التقادم تسرى على وقف التقادم المكسب ، فيما عدا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدني في شأن التقادم المسقط من أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . ويؤخذ من ذلك أن التقادم المسقط لا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات ، وقد رأينا أن التقادم المكسب على خلاف التقادم المسقط يوقف سريانه أيا كانت مدته كما يقضي بذلك نص المادة ٩٧٤ مدني فيما قدمنا . ونستعرض في ضوء ما تقدم قواعد وقف التقادم المسقط لنطبقها على وقف التقادم المكسب ، مع مراعاة ما اختص به التقادم المكسب من هذا الحكم الخاص الذي أشرنا إليه (١) .

٣٨٨- قاعدة العامة في وقف التقادم - القاعدة التقليدية التي تنفي بأنه

يروقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه
تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه :
وردت القاعدة العامة في وقف التقادم ، في شأن التقادم المسقط ، في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدني ، وتنص على ما يأتي : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » (٢) . ويسرى هذا النص

(١) ويلاحظ أن وقف سريان التقادم غير تأخير سريان التقادم . فوقف سريان التقادم يفترض أن التقادم قد بدأ سريانه فلا ، ثم مرض من الأسباب ما يقف هذا السريان ، وعند ذلك لا تحب المدة التي وقف فيها سريان التقادم وتحسب المدة التي سبقت والمدة التي تلت . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه ، فهو إذن لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ ، وذلك كتأخير سريان التقادم حتى يتحقق الشرط الواقف أو حتى يحل الأجل الواقف . أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٠ .
(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين المدني السابق في الوسيط ٣ فقرة ٦٢١ ص ١٠٦٩ هامش ٢ وص ١٠٧٠ هامش ١ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري م ٣٧٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٢٢ مدني سوري) .

على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٣ مدني ، فلا يسري التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً ، وكذلك لا يسري التقادم المكسب فيما بين الأصيل والنائب .

وقد استحدث التقنين المدني الجديد على هذا الوجه تعديلاً هاماً في أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في التقنين المدني السابق (١) أسوة بالتقنين المدني الفرنسي ، أصبحت في التقنين المدني الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وقد أخذ التقنين المدني الجديد في ذلك بقاعدة تقليدية كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ولا يزال القضاء الفرنسي يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسي ، وهي تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه *contra non valentem agere non currit proscriptio* ، فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً في وقف سريانه .

٣٨٩ - موقف الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التقليدية :

لم يتقل التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة التقليدية ، بل هو قد عدد أسباب وقف التقادم ، وقرر في المادة ٢٢٥١ منه أن التقادم يسري في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص في القانون .

- التقنين المدني الليبي م ٢٦٩ (مطابق - ويسري على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٧ مدني ليبي) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٥ (يوافق - ويسري على التقادم المكسب بموجب المادة ١١٦٢ مدني عراقي) قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦٦ : لا يسري مرور الزمن ، في المسائل العقارية ،

لا على الغائبين ولا على فاقدي الأهلية بمقتضى القانون .

(١) وبالرغم من ذكر أسباب وقف التقادم في التقنين المدني السابق على سبيل الحصر ، فقد كان القضاء المصري في عهد هذا التقنين يتوسع في هذه الأسباب توسع القضاء الفرنسي . فقد قضت محكمة النقض بأن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق ، مادياً أو قانونياً ، أن يطالب بحقه ، فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه قوة قاهرة (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٢٧) .

فالتقنين المدني الجديد لم يفعل إلا أن قنن القضاء المصري في هذا الشأن . وانظر أيضاً

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

وعلى ذلك يأبى الفقه الفرنسي الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه : ويحتج لذلك بأن هذه القاعدة التقليدية إنما قامت في القانون الفرنسي القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب صاحب الحق المهمل ، فإذا ثبت أنه لم يهمل بل تعذر عليه أن يطالب بحقه فلا محل لإذن للتملك ضده بالتقادم . وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم يقصرونها على الموانع القانونية التي تحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه ، ولكن ما لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فانطوى في القاعدة جميع الأحوال التي يتعذر فيها على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، من قصر وجنون وحجر وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغية منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وغير ذلك . وكان للقانون الكنسي ، وهو يتزع إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير في توسيع القاعدة . ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن التقيين المدني الفرنسي أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات ، فنص في المادة ٢٢٥١ منه على أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص في القانون . فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة ، في نظر الفقه الفرنسي ، على سبيل الحصر في نصوص القانون ، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة سالفة الذكر : وأياً كان المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح في القانون . ويزيد الفقه الفرنسي على ما تقدم أن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب صاحب الحق المهمل ، وهي الفكرة التي تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل : وهي فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه أو لا يقوم ، ففي الحالتين ينبغي أن يملك الحائر بالتقادم العين التي يحوزها حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القانونية (١) .

(١) انظر في هذا المعنى لوران ٢٢ ققرة ٢٧ - ميك ١٤ ققرة ٤١٥ - بودرى -

أما القضاء الفرنسي فلم يساير الفقه الفرنسي فيما ذهب إليه . بل قصر نص المادة ٢٢٥١ مدني فرنسي على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في نصوص القانون . أما الأسباب التي لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهي غير مذكورة على سبيل الحصر ، ويميل القضاء الفرنسي في شأنها إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجي يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً في وقف سريانه . ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدني فرنسي هو القضاء على الامتيازات التي كان يتمتع بها بعض الأشخاص في القانون الفرنسي القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأملاك التاج ، فكان التقادم لا يجري في حقها أو يجري تقادم أطول (١) . فقضى النص بأن التقادم يجري في حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدني فرنسي في خصوص القصر والمحجورين . أما إذا كان المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسي القاعدة التقليدية القديمة في هذا النطاق بعد أن يخرج الموانع التي ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ (٢) : فعنده إذا تعذر على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبة

- وتيسيه فقرة ٢٦٧ - فقرة ٢٦٨ - كولان وكايتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٢ ص ٩٧٠ - ٩٧١ . وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - ويذهب أوبري ورو إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح في القانون (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٢٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٨ في آخرها .

(٢) أنظر في موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٦ وفقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩ وفقرة ٧٤٣ ص ٧٤١ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٢٠٦ .

منقطعة أو جهل صاحب الحق بحقه جهلاً مقتضياً أو غير ذلك ، كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم ^(١) . وهذا الاتجاه الذي سار فيه القضاء الفرنسي ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوي عليه التقادم من إنكار لحقوق ثابتة ، هو الذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد ^(٢) .

٣٩٠ - موقف التقنين المدني المصري الجديد من القاعدة التقليدية : وقد كان التقنين المدني المصري السابق قد حذا حذو التقنين المدني الفرنسي في مصر أسباب وقف التقادم كما سبق القول ^(٣) . ولكن التقنين المدني المصري الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقص الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلها وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدنياً ^(٤) . فجاءت عبارة النص من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية في القانون الفرنسي القديم ، التي تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه ^(٥) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن التقادم لا يسرى في حق من يستحيل عليه العمل بسبب مانع ناجم عن القانون أو عن الاتفاق أو عن القوة القاهرة ، واستحالة العمل مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٥٣ سيرية ٥٥ - ١ - ٥١١ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ سيرية ٥٦ - ١ - ٤٢٩ - ٢٧ مايو سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ٢٩٠ - ١٩ يولييه سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ - ١ - ٧٥ - ٣ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٢ - ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٣١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٦٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٠١ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . وانظر أيضاً في قضاء محاكم الاستئناف الفرنسية لكس ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ سيرية ١٩٢٢ - ٢ - ٤٦ - باريس ١٦ مارس سنة ١٩٤٩ J. C. P. ١٩٤٩ - ٤٩٦٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٤) أنظر المادة ١/٣٨٨ مدني آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في صدد التقادم المسقط ، ما يأتي : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع في هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدنياً . ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية -

ويشفع للتقنين المدني الجديد في مسلكه هذا أنه ، بعد أن أخذ مدة التقادم من الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة وهي مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدني الفرنسي ، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعدول الشرعي ، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جوار سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي . ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعي أمران يتلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية . وما العذر الشرعي إلا قيام المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، والعذر الشرعي والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التي كانت تقضي بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه .

على أنه من المصلحة أن تضبط ، من ناحية التطبيق ، حدود المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، حتى لا يختل الأساس الذي قام عليه التقادم . فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة ، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة ، ويجب التشدد في ضبط أسباب وقف التقادم . وقد ورد من هذه الأسباب ، في نص التقنين المدني المصري وفي المذكرة الإيضاحية وفي التقنينات الأجنبية نقص الأهلية والحجر ، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب ، والعلاقة ما بين الزوجين ، والعلاقة ما بين الأصول والفروع ، والعلاقة ما بين الشخص المعنوي ومديره ، والعلاقة ما بين المخدم والخدام ، وحالة ما إذا

- والأمر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عم الحكم تشبه مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير صير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجته ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوي ونائبه ما بقيت النيابة النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل في حدود التوكيل ، وبين السيد والخدام طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالي صلة تبيث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل منها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبعي من موانع سريان المدة ، فإذا زال السبب الذي أفضى إلى اجتماع صفتي الدائن والمدين زوالاً مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التي تحقق الاتحاد في خلالها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩) .

كان صاحب الحق غائبا غيبة اضطرارية في سفر أو أسر أو نحو ذلك ، وحالة اتحاد الذمة : وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص صاحب الحق كما في القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين الحائز كما في العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدم والحادم : وبعض هذه الموانع موانع مادية ، وبعضها موانع أدبية . وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب صاحب الحق بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات . (١) ونستعرض كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري (٢) :

(١) ويميز القضاء الفرنسي - أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم في خلال مدة تحقيق جنائي أو تحقيق إداري أو في خلال المدة التي تدور فيها مفاوضات للصلح ، ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه (نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٢ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . ويقول بودرى وتيسيه إنه ليس في هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام . وليس في النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودرى وتيسيه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦) .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٣ - هذا ويجرى القضاء الفرنسي القاعدة التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه ، أكثر ما يكون ، عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم ، فتكتمل مدة التقادم والمانع لا يزال قائماً : عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة حالت دون أن يتخذ صاحب الحق الإجراءات القانونية للمطالبة بحقه . أما إذا قام المانع في وسط مدة التقادم ، ثم زال مع بقاء مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، فإنه لا يمتد بهذا المانع ، ولا يعتبر التقادم موقوفاً في أثناء قيامه ، فقد كان عند صاحب الحق مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع في خلالها المطالبة بحقه (بلاينول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - بلاينول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩) .

وقد كان القضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، يجري على هذا المبدأ . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتي لا يقف سريان التقادم ، ولكن للقاضي أن يعنى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع للوقت ولا يزال أمام صاحب الحق مدة كافية لاستعمال حقه وأهل استعماله حتى انتهت جميع -

٣٩١ - أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : أهم هذه الأسباب

هو السبب المتعلق بناقص الأهلية والمحجورين . وسواء كانت مدة التقادم هي خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل ، أو كانت خمس سنوات وهي مدة التقادم القصير ، فإن التقادم يقف سريانه في حق ناقصي الأهلية والمحجورين (١) . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني صراحة ، كما رأينا (٢) ، على أنه « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان للمحجور نائب يمثله أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب لا يقف سريان التقادم ، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد ، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ من هذا التقنين في صدد التقادم المسقط على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة

— المدة ، فإنه يجب الحكم بالتقادم (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . ولما كان التقنين المدني الجديد جاء نصه صريحاً في أن المانع أيا كان يقف التقادم ، ولم يذكر أسباباً محددة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، بما دعا القضاء في فرنسا في الموانع التي لم يرد بها نص إلى اعتبارها بمثابة القوة القاهرة فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت في آخر مدة التقادم فنمت صاحب الحق من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة ، فإن هذه الاعتبارات لا محل لها أمام النص الصريح لتقنين المدني المصري ، ويجب اعتبار أي مانع ولو توسط مدة التقادم ولم يجيء في آخرها سبب 'وقف سريان التقادم' (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٦ ص ١٠٨٦ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٨٩٦ ص ٦٠٦ هامش ١ - عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

(١) وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ مدني في شأن هذا التقادم على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . فالتقادم المسقط لا يقف سريانه في حق المحجورين ، إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ولم يكن للمحجور نائب يمثله قانوناً (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٨ - ص ١٠٨٠) . أما التقادم المكسب ، الذي نحن بصدده ، فيقف سريانه في حق المحجورين ، سواء كان تقادماً طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو كان تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات (أنظر م ٩٧٤ مدني آنفاً فقرة ٣٨٧) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٧ .

جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثل قانونا ، وذلك تضييقا من أسباب وقف التقدم باقفال مالا تقوم الضرورة لتبريره . وفي حالة ما إذا لم يكن للمحجور نائب يمثل ، فهنا يقف التقدم لقيام الضرورة إذ لا يوجد نائب عن المحجور يقطع التقدم (١) .

وقد يقوم مانع يتعلق بالشخص ، غير القصر والحجر ، يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك ، وهذه غير الغيبة المنقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب الحجر سائلة الذكر . فيقف سريان التقدم ، إلى أن تنهيا لصاحب الحق أسباب العودة لمباشرة أعماله . وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه مسألة واقع ، ترك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٢) .

وقد يكون المانع من أن يطالب صاحب الحق بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين الحائز للعين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأي منهما من أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سريان التقدم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقدم إلى السريان بمجرد أن تنقصر عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك (٣) . والعلاقة ما بين الأصول والفروع

(١) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٩ - ص ١٠٨٠ .

(٢) أما إفلاس صاحب الحق فليس سببا لوقف التقدم ، وعلى السنديك أن يقطع التقدم (استئناف محتلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٩٧) . أما في التقنين المدني الجديد ، حيث النص صريح في وقف سريان التقدم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا فالواجب أن تكون علامة الزوجية في الأصل مانعا أدبيا من سريان التقدم . عل أنه قد يقع أن يتفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تمكير صفو السلام في الأسرة بعد أن تمكر فعلا ، لاسيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين . في هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقدم قد زال ، وهذه مسألة في واقع لا معقب فيها على تقدير قاض الموضوع (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٨١ -

هى أيضا مانع أدبى . وقد يكون مانعا أدبيا علاقة القرابة أيا كانت ، مادامت علاقة وثيقة واقترنت بملايسات تؤكد معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع . والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى المادة ١/٣٨٢ مدنى كما رأينا (١) . ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك فى حدود أعمال الوكالة . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور ما دام الحجر قائما . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير ، ما دامت صفة الإدارة قائمة (٢) .

ويقف سريان التقادم فى جميع الموانع التى قدمناها ، أيا كانت مدة التقادم : خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

٣٩٢- أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية :

وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص ، بل إلى ظرف مادية اضطرارية يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم أيا كانت مدته ، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

من ذلك قيام حرب مفاجئة ، أو نشوب فتنة ، أو إعلان حالة الطوارئ ، إذا كان شىء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها فلا يتمكن صاحب الحق من المطالبة قضائيا بحقه .

ومن ذلك أيضا انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن صاحب الحق من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع .

- هامش (٢) . أنظر فى أن قيام الزوجية ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، كان سببا لوقف التقادم : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - وفى أنها لم تكن سببا لوقف التقادم فى عهد هذا التقنين : استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٢) ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعا أدبيا من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإدارى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) - وانظر كذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ -

والمسألة موكولة إلى تقدير قاضى الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه ، فيكون ذلك مانعاً يقف سريان التقادم (١) . وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره ، فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه في جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون غلطاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تحسب في حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (٢) .

٣٩٣- الأثر الزى بترتب على وقف التقادم : ومتى وقف سريان التقادم بسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها ، فإن المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتجسب المدة السابقة والمدة اللاحقة .

فلو أن شخصاً وضع يده على عين مملوكة للغير ، وبقي واضعاً يده عشر

(١) استئناف محتلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٦ ص ١٢ - نقض فرنسى ١١ يونيو سنة ١٩١٨ سيرة ١٩٢٢ - ١ - ٢١٧ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ - ٢٣٨ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٣ - بلانيول وريير بولانيه ١ فقرة ٢٢١٣ - أنيسكلويدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٢٢٥ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ هامش ٢٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٧١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٩٤ ص ٦٠٢ .

(٢) نقض ملئ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢ - وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ - ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه فهو بمثابة تأخير لسريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢) - ونرى من ذلك أنه لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة ، ويكفى فى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ صاحب الحق حتى يقف سريان التقادم ، وحل هذا الأسس اعتبر جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة القاهرة بالمعنى النقيض . ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر فى تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٦ ص ٤٠٩) .

سنوات ، ثم مات المالك وورثه قاصر لم يعين له وصي إلا بعد سنتين من موت المورث ، فإن التقادم يقف سريانه مدة هاتين السنتين . وتحسب المدة التي سبقت السنتين وهي عشر سنوات ، فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصي له خمس سنوات يقطع فيها التقادم . فإذا انقضت خمس سنوات من وقت تعيين الوصي دون أن يقطع التقادم ، اكتمل للحائر مدة خمس عشرة سنة يتملك بانقضائها العين بالتقادم المكسب الطويل ، بعد أن يكون قد وضع يده على العين سبع عشرة سنة منها سنتان وقف فيهما سريان التقادم (١) .

ب - انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٣٩٤ - أسباب انقطاع التقادم المكسب : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدني

تقضي بأن تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، وذلك بالقرار الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . وقد ورد في التقادم المسقط أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية (م ٣٨٣ مدني) ، كما ينقطع باقرار المدين بحق الدائن (م ٣٨٤ مدني) (٣) . وهذان السببان لانقطاع التقادم المسقط ينطبقان على التقادم المكسب ، فينقطع

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن القاعده الصحيحة في احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التي وقف سيره في خلالها ضمن مدة التقادم ، وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف مطلقة حتى يزول سبب الوقف ، فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦

(٣) أما المادة ٣٨٥ مدني ، وهي متعلقة أيضاً بانقطاع التقادم المسقط ، فنص على أنه ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد ، يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول . ٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحل الحكم قوة الأمر المقضي ، أو كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم . وسنبين فيما يتعلق بكل سبب من أسباب انقطاع التقادم المكسب الأثر الذي يترتب عليه ، فلا نطبق من أحكام المادة ٣٨٥ سائفة الاكر إلا ما يتفق مع طبيعة التقادم المكسب .

هذا التّقدم بالمطالبة القضائية وباقرار الحائز بحق المالك . ويضاف إلى هذين السببين سبب ثالث خاص بالتّقدم المكسب لأن طبيعة هذا السبب تستعصى على التّقدم المسقط ، وهو انقطاع التّقدم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدتها ولو بفعل الغير (م ٩٧٥ ملئى) .

ويمكن تقسيم هذه الأسباب الثلاثة لانقطاع التّقدم المكسب إلى أسباب تصدر من الحائز وهي إقرار الحائز بحق المالك وتخليه عن الحيازة أو فقدتها إياها ، وأسباب تصدر من المالك وتقتصر على المطالبة القضائية الصادرة من المالك . كذلك يمكن تقسيم أسباب انقطاع التّقدم المكسب إلى أسباب انقطاع مدنية (interruption civile) وهي المطالبة القضائية وإقرار الحائز بحق المالك ، وأسباب انقطاع طبيعية (interruption naturelle) وتقتصر على تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدتها إياها . ونستعرض أسباب انقطاع التّقدم المكسب الثلاث ، دون نظر إلى تقسيمها . فنبحث انقطاع التّقدم بالمطالبة القضائية ، وانقطاعه باقرار الحائز بحق المالك ، وانقطاعه بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقدتها إياها (١) .

٣٩٥ - السبب الأول لانقطاع التّقدم المكسب - المطالبة القضائية :

تنص المادة ٣٨٣ مدنى فيما يتعلق بالتّقدم المسقط على أن « ينقطع التّقدم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تغليس أو فى توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى (٢) . ولا يكاد ينطبق من هذا

(١) والفرق بين انقطاع التّقدم ووقفه أن فى وقف التّقدم لا تحسب المدة التى وقف فى خلالها ولكن تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة كما سبق القول ، أما فى انقطاع التّقدم فنرى أنه لا تحسب المدة التى انقطع فيها التّقدم ولا المدة التى سبقت الانقطاع ، ولا تحسب إلا المدة التى تلت زوال أثر الانقطاع إذا كان هناك محل لبدء تقدم جديد . وتنص المادة ٢٦٣ من قانون الملكية العقارية البنى على أنه « إذا انقطع مرور الزمن ، فلا تحسب مدة وضع اليد السابقة لإشغال العقار » .

(٢) أنظر فى تاريخ هذا النص وفيما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنيات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٢٨ - وقد ورد فى قانون الملكية العقارية البنى نص خاص بقطع التّقدم المكسب بالمطالبة القضائية ، نصت المادة ٢٦٥ من هذا القانون على أن « ينقطع مرور الزمن أيضاً إذا طالب صاحب العقار بحقه بدعوى قضائية ، بشرط ألا يكون قد ترك دعواه تسقط » .

النص على التقادم المكسب إلا المطالبة القضاية . أما التنبيه (١) والحجز (٢) والطلب الذي يتقدم به الدائن لقيول حقه في تغليس أو في توزيع ، فيفترض كل ذلك دائناً يطالب بدين له ، فلا ينطبق إلا على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) ، أى بإقامة دعوى بحقه

(١) وقد يتصور أن يكون التنبيه (commandement) قاطعاً لتقادم المكسب فيما إذا كان المالك بيده ورقة رسمية تعطيه الحق في تسلم العقار من الحائز فيستطيع أن ينبه على الحائز بموجب هذه الورقة تنبيهاً رسمياً أن يسلمه إياه ، فيقطع التقادم بهذا التنبيه . كما يجوز أن المالك يرفع دعوى استحقاق على الحائز فيقطع التقادم بهذه الدعوى ، ويحصل على حكم بالاستحقاق فيبدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . ويعمد المالك بعد ذلك إلى التنبيه على الحائز بموجب الحكم تمهيداً للتنفيذ ، فيقطع التقادم الجديد بهذا التنبيه (بودرى وتيسيه فقرة ١٢٠٠ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٢٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٣) . وقد كان التقنين المدني السابق ينص صراحة على أن التنبيه يقطع التقادم المكسب ، فكانت المادة ١١٠/٨٢ من هذا التقنين تنص على أن « تنقطع المدة المقررة لملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل أجنبي . وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك الاسترداد بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولولم يستوف المدعى دعواه ، إنما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن » . وإذا قطع المالك التقادم بالتنبيه على الوجه سالف الذكر ، فإن تقادماً جديداً يسرى فوراً عقب التنبيه (الوسط ٣ فقرة ٦٣٧ ص ١١١٧) .

أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات نزع الملكية فهي إجراءات موجهة من الدائن قبل مدينه ، وأثرها الوحيد هو قطع المدة المسقطه للدين ، ولا تأثير لها على من يكون واضعاً يده على العقار المنزوع ملكيته وسائراً في طريق تملكه بمضى المدة ، فإن مدة وضع يده المكسبة للملك لا يقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيقي (استئناف مصر ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧١ ص ١٧٠) .

(٢) ويتصور بعض الفقهاء جواز قطع التقادم المكسب بالحجز إذا وقع المالك حجزاً ضد الحائز للوفاء بالمبالغ المحكوم بها الواردة في الحكم الذي يقضى بالاستحقاق (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٩ ص ٢٩٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٤) . ويبدو أن توقيع الحجز في هذا الفرض إنما يقطع التقادم المسقط بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها ، أما إذا بدأ الحائز تقادماً مكسباً جديداً بالنسبة إلى العين المحكوم يستحقها ، فإن الحجز لا صلة له بهذا التقادم الجديد ، والظاهر أنه لا يقطعه .

(citation en justice) (١) . فلا بد إذن أن يصل صاحب الحق ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية ، فلا تكن المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل أو بإنذار رسمي على يد محضر (sommation) (٢) .

ولا يكنى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع العين تحت الحراسة (٣) . كذلك لا يكنى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة ، لأن القضاء المستعجل غير مختص إلا بإجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم (٤) . ولكن إذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل ، عن خطأ ، طلبات في موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق أمام محكمة غير مختصة فتقطع التقادم (٥) ولا يكنى أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى

(١) ويعتبر مطالبة قضائية المطالبة بطريق الدفع ، والطلبات المعارضة ، ودعاوى المدعى عليه ، والتدخل في الخصومة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٧٢ - ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص ٧٢٨) . وتقول المادة ٢٨٣ مدني في هذا المعنى كما رأينا : « وبأن عمل يقوم به الدائن لتسك بحقه في إحدى الدعاوى » . أنظر نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص ١٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص ٦١٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٣٩ - استئناف وطني ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ٥٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٠ ص ٦١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤١ ص ٧٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ .

(٣) استئناف وطني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٣٠ ص ١٨٤ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٥ .

(٤) بني سويف ٢ يوفيه سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٩ .

(٥) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٩ - ماري وريينو فقرة ١٩١ ص ٢٠٥ هامش ٢ - أنسيكلويدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ١٥١ .

الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته (١) كذلك لا يكتفى لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية .

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب المالك الحائر بملكية العين مطالبة قضائية ، أى أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق (٢) . وتصدر المطالبة القضائية من المالك ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو دائن للمالك يستعمل حقوق مدينه . ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى بل تكتفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية ، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم . فتصح المطالبة القضائية فى هذه الحالة من حيث أثرها فى قطع التقادم ولكن يجب للاستمرار فى التقاضى من التوافر على أهلية التقاضى ، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى الولى أو الوصى أو القيم لتصحيح الاجراءات ولاستبقائها قائمة (٣) . وتوجه المطالبة إلى الحائر الذى ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه ، فلو وجهت إلى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجب على الحكم ألا يمد طلب الإعفاء من الرسوم قاطعاً للمدة ، ولو كان الفصل فيه قد تأخر أمام اللجنة حتى فأتت مدة التقادم ولم يتسن لذلك رفع الدعوى فى الوقت المناسب ، فإن صاحب الحق ، وهو المطالب بالمحافظة عليه ، قد كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت (نقض ملئ ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠) - وانظر استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٧٦ ص ٢٣٨ .

(٢) ويطلبه بالعين ذاتها ، وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض ملئ ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٤١) .

وتعتبر الدعوى المرفوعة أمام محكين قاطعة للتقادم ، ويعود التقادم إلى السريان عند انتهاء مأمورية المحكين (بودرى وتيسيه فقرة ٥١١) .

(٣) ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة ، فيقطع التقادم ، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٤) .

مستأجر منه ليست له صفة في تمثيله فإنها لا تقطع التقادم^(١) . ويرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز لقطع التقادم طبقاً لأحكام المادة ٧٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . وتنص هذه المادة على أنه « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها . وتعتبر الدعوى قاطعة للتقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها . فتعتبر دعوى الاستحقاق إذن قاطعة للتقادم المكسب من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، ولو أن المدعى عليه الحائز للعين لم يعلن بعد بصحيفة الدعوى^(٢) .

٣٩٦ - رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة : وقد جاء في صدر المادة

٣٨٣ مدني ، كما رأينا^(٣) ، أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة » . فإذا أخطأ المالك ورفع الدعوى على الحائز أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم

(١) ولا يعتبر البائع مثلاً للمشتري في الدعاوى اللاحقة لتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى في الوقت إلى ناظره (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٢٩) .

(٢) وفي المشروع الجديد لتقنين المرافعات تنص المادة ١/٦٣ منه على أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . فالأصل إذن ، طبقاً لمشروع تقنين المرافعات ، أن الدعوى تعتبر مرفوعة ، وتقطع التقادم ، من وقت إيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة ، أي قبل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين . وعلى المدعى عند تقديم صحيفة دعواه إلى قلم كتاب المحكمة أن يؤدي الرسم كاملاً (م ١/٦٥ مشروع تقنين المرافعات) ، ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب (م ٦٧ مشروع تقنين المرافعات) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ .

اختصاص المحكمة (١) . وذلك لسببين : (أولهما) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال ، فيلتبس الأمر على المالك ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فرفع الدعوى يكفي لقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة . ويفرض القانون أن المالك لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر ، إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ (٢) . (والسبب الثاني) أن المالك ، وقد رفع الدعوى على الحائز يطالبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته لتحقيقه في أنه يريد تقاضي هذا الحق قضائيا . ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب المالك هي الأصل في قطع التقادم .

ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا أو غير مختصة اختصاصا نوعيا ، ففي الحالتين ينقطع التقادم . ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) ، كرفع الدعوى أمام القضاء الإداري وهي من اختصاص القضاء العادي أو العكس ، يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما في رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تعقيدا في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية المالك في المطالبة بحقه قضائيا محققة (٣) .

(١) استئناف مغلط ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ١٩٤ .

(٢) لذلك إذا كان المدعى عالما بحقيقة الأمر أو كان علم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الواضح بحيث لا يكون هناك أي محل لبس فالظاهر أن التقادم لا ينقطع ، وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الدعوى بالدين الحال به لأجنبي أمام المحكمة المختلطة وحكم هذه المحكمة بعدم الاختصاص لأن الحوالة سورية لا يقطع التقادم إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة الوطنية المختصة (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . وقضى بأن رفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (استئناف مغلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) ، وبأن رفع دعوى الإرث أمام المحكمة الشرعية لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الحائز لعين من أعيان الثروة (أسيوط الكلية ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٢٤ الحاماة ١٥ رقم ١٢٨ ص ٢٥٨) .

(٣) استئناف وطني ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٠ ص ١٣٥ - ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١١١ ص ٢٦٥ - وقرب نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢٤٩ ص ٢٥٦ - عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥٥ ص ٢٨٨ - عبد المنعم قرج الصلة فقرة ٢٩٩ ص ٦١٤ .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٧ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٥ - ص ١٠٩٦ .

٣٩٧ - بطوره صحيفه الدعوى وترك الخصومه وسقوطها ورفض

الدعوى : تنص المادة ٢٢٤٧ مدني فرنسي على أنه « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب في الشكل ، أو ترك المدعى الخصومه ، أو جعلها تسقط بمضي المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن » . وليس في التقنين المدني المصري مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في مصر (١) .

فصحيفة الدعوى ، إذا كانت باطلة لعيب في الشكل ، فليس لها وجود قانوني ، ولا يترتب عليها أي أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (٢) .

كذلك إذا كان المالك ، بعد أن رفع الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ترك الخصومه بإعلان منه للحائز على يد محضر أو بتقرير منه في قلم الكتاب أو ببيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويا بالجلسة وإثباته في المحضر (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة قبول الحائز لترك المالك الخصومه إذا كان الحائز قد أبدى طلباته في الدعوى قبل صدور الترك من المالك (م ٣٠٩ مرافعات) ، فانه يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومه بما في ذلك صحيفة الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى (م ٣١٠ مرافعات) . ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومه على النحو الذي قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك

(١) استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٨٠ .

(٢) نقض مدني ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ - استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ . ومع ذلك قارن استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ - ويعتقد الفقه الفرنسي التناظر بين الحكم القاضي بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضي بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلا لا تقطع التقادم ، مع أن البطلان في الحالة الأولى يرجع إلى المالك وفي الحالة الأخيرة قد يرجع المحضر (ماركاديه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ - لوران ٣٢ فقرة ٩٧ - جيوار فقرة ٢٠٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٢١ ص ٧٢٩ - ص ٧٣٠ - وقارن بودري وتيسيه فقرة ٤٩٨ ص ٢٧٦) ،

انقطاع التقادم فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم الذي كان قد بدأ سريانه مستمرا أبدا في السريان . فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فإن الحائز يكسب الحق بالتقادم المكسب . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فإن ترك الخصومة لا يمس الحق الذي رفعت به الدعوى ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد (١) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي دون أن يسار في الدعوى بفعل المالك أو امتناعه ، وذلك وفقا للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ مرافعات ، فإن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى (م ٣٠٤ مرافعات) . ويخلص من ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإن كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة كسب الحائز الحق ، وإن كان لم يكتمل فإن الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد . فإذا وقف السير في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذور الشأن من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة ، انقضت الخصومة في جميع الأحوال بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح (م ٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء خمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومنى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار ، ويدخل في ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإذا كان

(١) على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يطفى الأثر الذي ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول إن المطالبة القضائية تنقطع بالتقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (الوسيط ٢ قبرة ٩٢٩ ص ١٠٩٨) .

قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد كسب الحائز الحق بالتقادم المكسب . وإن كان لم يكتمل استمر في السريان إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن يتقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد .

بقي القرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال ما دام المدعى قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها الحائز ، لا باكمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقضى . فلا حاجة إذن للبحث في زوال انقطاع التقادم واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر في سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك فيما إذا رفع المالك الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ثم رفضت دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التي هي عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفي الشروط التي كانت غير متوافرة . فإذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع الحائز أن يدفعها بقوة الأمر المقضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد اكتمل . ولا يستطيع المالك أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فإن الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها في قطع التقادم^(١).

٣٩٨ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية : وإذا

انقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، بقي أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة . فإذا انتهت بحكم نهائي يقضى للمالك بطلباته ، واسترد المالك

(١) بودرى وتنبيهه فقرة ٥٠٥ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٢ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٦

- ص ١١٠٠ .

وقد يقضى بشطب الدعوى عملا بأحكام قانون المرافعات القديم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا كان قد قضى بشطب دعوى في ٢٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، فإن هذا القرار لا يترتب عليه إعمال الفقرة الثانية من المادة ٩١ مرافعات جديد باعتبار الدعوى كأن لم تكن لبقائها مشطوبة سنة ١٠ أشهر دون أن يطلب المدعى السير فيها ، وذلك لصدور هذا القرار في ظل قانون المرافعات القديم المعمول به حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ما يترتب عليه أن تظل الدعوى متبعة لكافة آثارها المطلقة بقطع التقادم بالرغم من شطبها مادام أنه لم يمتد بشأنها إجراءات سقوط الخصومة التي كان معمولا بها في ذلك القانون (نقض منذ ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٥٦) .

العين ، ولكن الحائز عاد إلى حيازتها مدة أخرى بنية تملكها ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم الأول مدته خمس سنوات لأن ، الحائز أصبح من النية . وكذلك يبدأ تقادم جديد ولو لم يسترد المالك العين وبقيت في يد الحائز ، واستمر هذا في حيازتها بنية تملكها (١) . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات المالك (٢) ، أو بترك المالك للخصومة ، أو بسقوط الخصومة بسنة أو بخمس سنوات ، فقد قدمنا (٣) أن هذا يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما أحدثته من الآثار ومنها قطع التقادم ، فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . وقد تنهى الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائي بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لآثارها من قطع التقادم ، ويظل التقادم متقطعاً طوال المدة التي تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذي قطع ومدته ، ويكون خاضعاً لنفس القواعد التي تسرى عليه (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك أقيمت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطنان قضى فيها ابتدائياً برفضها ، ولما استأنفت قضى في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المتأثفت بتثبيت ملكيتها للقدر الذي لزمه ، فرفع الطاعن التماساً عن هذا الحكم قضى فيه بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٣٢ بعدم قبوله ، وقد ظل واضحاً بده على هذه الأطنان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها ، من أقام الطاعن دعواه الماثلة على المطعون عليها في ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك ، مؤسلاً دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ ، فإن هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التي يسرى التقادم ضدها . وإذا كان التماس مرفوعاً من الطاعن فإنه لا يكون له أثر من قطع هذا التقادم ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض ملئ ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى إذا رفضت يزول أثرها في قطع التقادم ، فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي كان قد بدأ قبل رفضها مستمراً في السريان (نقض ملئ ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) . وانظر نقض ملئ ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧ .

(٤) نقض ملئ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - وانظر فيما تقدم بودري ونيسيه فقرة ٥٤٢ - بلانول وريير ويكار ٢ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣١ - الوسيط ٢ فقرة ٦٢٧ ص ١١٦ - ص ١١١٧ .

ولا يتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذى قطع التقادم . فإذا كانت أرض شائعة بين عدة ملاك ، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعوى على الحائز ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك في الشيوع الآخرين ، بل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك في الشيوع الذى قطع التقادم . وإذا حاز أرضا عدة حائزين على الشيوع ، فقطع المالك التقادم بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين (١) .

كذلك لا يتناول انقطاع التقادم إلا الحق الذى قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق . فإذا كان للمالك أرض حازها شخص بنية تملكها ، وحاز شخص آخر حق ارتفاق عليها ، وقطع المالك التقادم بالنسبة إلى حق الملكية فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الارتفاق ، أو قطع التقادم بالنسبة إلى حق الارتفاق فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الملكية (٢) .

٣٩٩ - السبب الثانى لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق

المالك : تنص المادة ٣٨٤ مدنى على أن ١٥ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا . ٢ - ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت

(١) أوبرى ودرو ٢١٥ فقرة ٢١٥ وماش ٦٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٥٦ - بلاليولورير ويكار ٣ فقرة ٧٢٢ ص ٧٢٢ - ولكن رفع الدعوى على الوقف يقطع التقادم ولوتيفر لانظر الوقف الذى رفعت في مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين ، لأن كلاهم إنما يمثل الوقف نفسه (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٧٢٩) .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من ثوابه مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه ، فإن تناهد الحقان أو تغير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٢٤) . وقضت أيضاً بأن دعوى الضمان التى يرفعها المشتري على البائع هي غير دعوى الاستحقاق التى يرفعها البائع على المتعرض ، فرفع إحدى الدعويتين لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المادة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٥٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦ .

وتعديد ما المطالبة القضائية من أثر في قطع التقادم وما يشترط في هذه المطالبة حتى تقطع التقادم ، كل ذلك من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٢٤) .

يد الدائن مالا موهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين . ولا ينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فيقتصر تطبيقها على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق المالك ، فإذا مضت مدة على حيازة الحائز دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر الحائز أن العين ملك لصاحبها ، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة الحيازة . ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها يعد تكاملا جائزا ، فأولى أن يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها . ويؤدي ذلك إلى انقطاع التقادم الذي كان ساريا وعدم الاعتداد بالمدة التي انقضت ، وابتداء تقادم جديد من وقت صدور الإقرار . وليس الإقرار بحق المالك القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع ، وإلا لما كان من شأنه أن يقطع التقادم ، فإن تقرير الحائز أن العين مملوكة لصاحبها لا يتعارض في طبيعته مع سريان التقادم . ولكن لإقرارهنا ينطوي على نزول الحائز عن الجزء الذي مضى من مدة التقادم ، فهو كإقرار المدعى عليه أمام القضاء واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه (١) .

ويشترط في إقرار الحائز بحق المالك ، وهو الإقرار الذي يقطع التقادم المكسب ، أن يكون الحائز متوافرا على أهليه التصرف في العين التي يحوزها . ذلك لأن هذا الإقرار قطع التقادم ، ولو لم يقطعه فأكملت مدته للمالك الحائز العين ، فالإقرار إذن ينطوي على ضرب من التصرف في العين (٢) . وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فالإقرار الذي يقطع هذا التقادم لا يشترط في صحته أهلية التصرف ، بل تكفي أهلية الإدارة . ذلك لأن الإقرار القاطع للتقادم المسقط يتمحصر نزولا عن مدة التقادم ولا ينطوي على تصرف في الحق ، فالصبي المميز لإقراره صحيح وقاطع للتقادم المسقط في حدود أهليته للإدارة (٣) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٢٤٩ .

(٢) عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٢٩٢ ص ٣٠٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢٦ ص ٥٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦١٨ .

(٣) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٦٢٣ ص ١١٠٨ - وأنظر في وجوب أهلية التصرف في الإقرار القاطع للتقادم المكسب دون التقادم المسقط أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٤ - ص ٤٨٥ - هلايول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٢٣ ص ٧٢٣ - يلائيول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٠ - محمد كامل مرس ٤ فقرة ٢٨٠ - محمد علي عرفة فقرة ١٥٧ - ولكن أنظر مع ذلك برودي وناسيه فقرة ٥٢٤ - فقرة ٥٢٥ .

وإقرار الحائز بحق المالك ، على النحو الذى بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلاحاجة لقبول المالك لهذا الإقرار ، ولا يجوز للحائز بعد الإقرار أن يرجع فيه (١).

٤٠٠- الإقرار الصريح والإقرار الضمنى : ويكون إقرار الحائز بحق المالك إقراراً صريحاً ، أو إقراراً ضمنياً .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بكنى . وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب ، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة ، موجهاً إلى المالك أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين الحائز والمالك ، أو فى صورة اتفاق بين الحائز والغير ، أو صادراً من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق . وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة المالك فيقر الحائز فى هذا المحضر بأن العين التى فى حيازته هى ملك للميت ، أو فى إيجاب صادر من الحائز دون أن يقترن به قبول من المالك ، أو فى مذكرات يتقدم بها الحائز فى قضية لا يكون المالك خصماً فيها ، أو فى عقد قسمة ، أو فى تصفية شركة ، أو فى تصرف قانونى حكم بطلانه دون أن يمس البطلان بالحق الوارد فى هذا التصرف (٢) .

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيعتبر إقراراً ضمنياً مفاوضة الحائز للمالك فى دفع تعويض له عن العين ، أو دفع الحائز الضرائب عن العين لحساب المالك ، أو تسليم الحائز ثمار العين للمالك . وإذا عرض الحائز على المالك أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا تعرض إقراراً ضمنياً بحق المالك ، إذ أن رغبة الحائز فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتماً أنه يقر بحق المالك (٣) ، وقاضى الموضوع هو

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٣ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٣٢ .
(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٩ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣٢ -
لوقد قضى بأن القضاء بطلان الصلح الذى تضمن الإقرار لا يزيل ما ترتب على الإقرار من قطع التقادم (مظا الكلية ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ ص ٤٣٢) . وقضى بأن بطلان التسوية المنطوية على الإقرار يبق الإقرار قائماً قاطعاً للتقادم (استئناف محط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٧) . وقضى بأن الإقرار الحاصل فى أثناء سير الإجراءات يقطع التقادم مستقلاً عن هذه الإجراءات ، ولا يزول أثره بإبطالها (استئناف محط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٤) .

(٣) نفس فرنس ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٤ .

الذي يقدر ما إذا كان العمل الذي صدر من الحائز يتطوى على إقرار ضمني ،
ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١)

٤٠١ - إثبات الإقرار : ولما كان الأقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني ، ويقلب فيها معنى التصرف القانوني كما هو الأمر في الوفاء ، فان إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني ولو كان صادراً من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة العين التي يراد قطع التقادم فيها لا تزيد على عشرة جنيهات ، فان زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . وعقب الإثبات يقع على المالك الذي يدعى انقطاع التقادم (٢) .

٤٠٢ - ما يترتب على انقطاع التقادم للمكسب بإقرار الحائز بحسب المالك :

المالك : إذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار الحائز بحق المالك ، لم يعتد بمدة الحيازة التي سبقت هذا الإقرار وتعتبر كأن لم تكن . ولكن إذا بقي الحائز على حيازته للعين بنية تملكها ، بدأ سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة فوراً عقب هذا الإقرار . وذلك حتى لو كان الحائز في مدة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع التقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٢٤ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . وقضت في الحكم الأول من الحكمين المتقدمين بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضح اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع في استنادته إل فعل مادي مختلف على دلالة أو إلى ورقة مقدمة في الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضائه . في الحالة الأولى لا مراقبة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضي فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما في الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب الأثر القانوني في قطع التقادم ، وعلى من تكون الورقة قاطعة ، وفيم تكون ، أي على ما اشترطه القانون في ورقة الطلب (demand en justice) من الشرائط القانونية ، فيكون فصل القاضي في ذلك نصلاً في مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٢٤) .

وانظر فيما تقدم بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٧٢٢ ص ٧٢٢ - الوسيط ٢ فقرة

٦٣١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٥ - الوسيط ٢ فقرة ٦٣٥ ص ١١١٢ .

حيازته الأولى حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان يستطيع التملك بالتقادم القصير أى بخمس سنوات . فانه بعد أن أقر بحق المالك انقطاع هذا التقادم ، والتقادم الجديد الذى بدأ سريانه عقب انقطاع التقادم السابق لم يكن فيه حسن النية بعد أن أقر بحق المالك . (١)

بل إن إقرار الحائز بحق المالك قد يكون مصحوباً بنية أن يكون الحائز من وقت الإقرار حائزاً لحساب المالك ، كما لو استأجر الحائز من المالك العين التى يحوزها ، فأقر على هذا الوجه بحق المالك وفى الوقت ذاته أصبح يحوز العين لحساب المالك وانقلبت حيازته من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية . ففى هذه الحالة لا يبدأ تقادم جديد عقب إقرار الحائز بحق المالك على هذا النحو ، بل تبقى حيازته حيازة عرضية غير صالحة للتملك بالتقادم أصلاً (٢) . وذلك إلى أن تتغير صفة الحيازة العرضية فتصبح حيازة أصيلة مرة أخرى بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر من الحائز نفسه يعتبر معارضة لحق المالك ، فيبدأ سريان تقادم جديد ولكن من تاريخ تغير صفة الحيازة (٣) .

٤٠٣ - السبب الثالث لانقطاع التقادم المكتسب - نخل الحائز عن الحيازة

أو فقره إياها - نص قانونى : تنص المادة ٩٧٥ مدنى على ما يأتى :

- (١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول ورييرو ويكار ٣ فقرة ٧٣٤ ص ٧٢٢ - بلانيول ورييرو وبولابجه ١ فقرة ٣٢٠٢ ص ١٠٤٢ - كاربونييه ص ٢١١ محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢٠ - ص ٦٢١ .
- (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة ، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ١١٧ - ٢٣ أيريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥٢ ص ١٠٩٨) .
- وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول ورييرو وبولابجه ١ فقرة ٣٢٠٢ - كولان وكاييتان ودى لامورانديرا فقرة ١١٨٩ - كاربونييه ص ٢١١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢١ .
- (٣) ويلاحظ أن مجرد إقرار الحائز بحق المالك لا يترتب عليه . حده تحول صفة الحيازة إلى حيازة عرضية ، إذ لا تمارض بين هذا الإقرار وبين بقاء الحائز حائزاً لحساب نفسه وإن أقر بحق المالك . فلا بد إذن لتحول الحائز إلى حيازة عرضية عن طريق الإقرار بحق المالك ، أن يصحب هذا الإقرار ما يدل على أن الحائز أصبح يحوز العين لحساب المالك لا لحساب نفسه (بلانيول ورييرو ويكار ٣ فقرة ٧٣٤) .

١ - ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير .

٢ « غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » . (١)

وواضح ، كما قدمنا (٢) ، أن هذا السبب لقطع التقادم ينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط ، لأن المفروض فيه أن تزول الحيازة والحيازة لا تكون إلا في التقادم المكسب . ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا زالت الحيازة قبل أن يكتمل التقادم المكسب ، فإن هذا التقادم ينقطع . ذلك بأن التقادم المكسب يقوم على أساسين : بقاء الحيازة عند الحائز المدة اللازمة قانوناً ، وعدم مطالبة المالك بحقه . فإذا اختل أحد هذين الأساسين ، بأن لم تبق الحيازة عند الحائز إلى أن تكتمل مدة التقادم ، أو طالب المالك بحقه (أوما

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ مثل كيف لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز في خلال سنة ، فأجيب « بأن هذا قاصر على فقد الحيازة المادية ، وعكس ذلك في التخلّي فإن الانقطاع فيه ولو يوماً واحداً يكو لقطع المدة » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٧٥ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٦ - ص ٥٠٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٠/٨٢ : تنقطع المدة المقررة لتلك بوضع اليد ، إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي (و أحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦١ : لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى إعادة اليد في هذا الميعاد . (وتتفق أحكام التقنين العراقي مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦٤ : ينقطع مرور الزمن عندما يفقد مدعيه اليد ، حتى ولو فقدتها بسبب شخص ثالث . (وتتفق أحكام القانون اللبناني مع أحكام التقنين المصري) (٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

يعدل ذلك أقر له الحائز بهذا الحق) ، فان التقادم المكسب ينقطع ، ولا يعتد بالمدة التي سبقت انقطاعه (١) .

وقد سبق أن بينا (٢) كيف تزول الحيازة . فهي تزول بفقد عنصرها المادى والمعنوى معاً ولوبارادة الحائز وحده ، فيتخلى هذا عن حيازة العين ، ويغلب أن يكون ذلك فى المنقول دون العقار . وقد تزول الحيازة بفقد الحائز للعنصر المادى وحده أى للسيطرة المادية على العين ، ويفقد الحائز هذه السيطرة إذا انتزع منه المالك نفسه أو الغير حيازته للعين عقاراً كانت أو منقولاً ، أو سرقت منه العين أو ضاعت إذا كانت منقولاً . ففى هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقد السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوى واحتفظ بالقصد ، فان عنصراً من عنصري الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة (٣) وقد تزول الحيازة بفقد الحائز عنصرها المعنوى وحده ، فيفقد عنصر القصد فى أن يحوز العين لحساب نفسه ويصبح حائزاً لها حيازة مادية لحساب الغير ، وتتحول حيازته بذلك إلى حيازة عرضية غير صالحة لأن تؤدى إلى التقادم المكسب (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢١ - بلانيول وريبير وبولابيه ١ فقرة ٣١٨٤ ص ١٠٣٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣١١ .

(٣) ويلاحظ ما تنقضى به المادة ١/٩٥٧ مدى من أنه لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى ، والمفروض أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة وأنه مانع وقتى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة مؤقتة ولا يلبث أن ينحسر فتعود لحائز الأرض السيطرة للمادية عليها . فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى فى أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) .

(٤) ولا يعتبر فقداً للحيازة بقطع التقادم أن يكون الحائز الذى انتقلت إليه الحيازة إنما يحوز لحساب الحائز السابق الذى انتقلت منه الحيازة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك العقارى حارساً على الأرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض ، وارتفعت يد مالكيها عنها ، فان ذلك لا يصلح اعتباره قطعاً للتقادم ، لان وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع البنك بها لنفسه ، بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد مابقى منها للمالك (نقض مدى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأن وضع يد الغير على العين لا يكون قاطعاً للتقادم إلا إذا كانت حيازته لها لحساب نفسه ، فاذا كان هذا الغير قد عرض على فى الشأن فى وضع اليد تمريضاً -

وسواء فقد الحائز الحيازة بالتخلي عنها وهذا فرض نادر . أو فقدتها بفقد العنصر المادى وحده أو العنصر المعنوي وحده على النحو سالف الذكر . وسواء كان من انتزع منه الحيازة هو المالك نفسه أو الغير ، فان الحيازة تزول ، ومن ثم ينقطع التقادم إذا كانت مدته لم تكتمل .

وقطع التقادم يفقد الحيازة على الوجه المتقدم الذكر له أثر مطلق ، فينقطع التقادم ، لا بالنسبة إلى من انتزع الحيازة وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى كل ذى مصلحة في التمسك بقطع التقادم . فلو أن عيناً يملكها شخصان على الشيوع ، ووضع شخص ثالث يده عليها ، ثم انتزع أحد المالكين على الشيوع الحيازة من واضع اليد ، فان التقادم ينقطع ، لا بالنسبة إلى المالك الذى انتزع الحيازة وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى المالك الآخر على الشيوع الذى لم ينتزع الحيازة . ذلك بأن فقد الحيازة أمر مادى وحقيقة واقعة تنتج أثرها بالنسبة إلى الجميع . وليست كالتصرف القانونى يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه (١) .

٤٠٤ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخلي الحائز عن الحيازة

أو فقده إياها : يجب في هذا الصدد التمييز بين تخلى الحائز عن الحيازة اختياراً ، وبين فقده إياها بغير إرادته .

ففى حالة تخلى الحائز عن الحيازة اختياراً ، ينقطع التقادم بمجرد هذا التخلي ، ولو استرد الحائز الحيازة بعد يوم واحد من تخليه عنها . فلو أن الحيازة قبل التخلي دامت وقتاً طويلاً دون أن تكتمل مدة التقادم ، فان هذا الوقت الطويل الذى سبق التخلي لا يعتد به ما دام التقادم قد انقطع . وإذا استرد الحائز الحيازة بعد التخلي ، فانه يبدأ حيازة جديدة ، ويبدأ بذلك سريان تقادم جديد من وقت استرداد الحائز للحيازة (٢) .

تمريضاً عن مدة حيازته ، فان دمه على العين تكون بمثابة استمراره فى الشأن عليها . وإذن فالحكم إذا أسقط من مدة التقادم المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تمريض دفعته لذى اليد ، بانها ذلك على أن هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان بفعل أجنبى ليس بينه وبين ذى اليد اتفاق يجعله نائباً عنه فى وضع اليد - هذا الحكم يكون محطاً متمثلاً نقضه (نقض مدى ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥ ص ٣٧) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ من ٤٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٤ -

بلانيول وريبير وبولابيه ١ فقرة ٣١٨٧ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

وفي حالة فقد الحائز الحيازة بغير إرادته ، وكانت العين عقاراً (١) ، فإن للحائز أن يسترد العقار بدعوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض) في خلال سنة من وقت فقده إياها . فإن استرد الحيازة فعلاً في خلال سنة ، أو رفع دعوى الحيازة في خلال هذه المدة وهي المدة التي يجوز في أثنائها رفع دعاوى الحيازة وانتهت الدعوى باسترداد الحيازة ولو بعد انقضاء السنة (٢) ، فإن الحيازة لا تعتبر قد زالت أصلاً ، بل تعتبر باقية دائماً لدى الحائز وذلك بالرغم من أنه كان قد فقدها (٣) . وعلى ذلك لا ينقطع التقادم ، بل يستمر سارياً كما لو كانت الحيازة لم تفقد ، وذلك إلى أن تكتمل مدة التقادم أو إلى أن يقطع بسبب من أسباب الانقطاع التي سبق بيانها . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٧٥ مدني في هذا الشأن كما رأينا (٤) :

« غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة ، أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » (٥) . والمفروض أن العين عقار ، وإن كان النص لم يصرح بذلك ، حتى يمكن أن يرفع في شأنها دعوى الحيازة . فإذا لم يسترد الحائز الحيازة في مدة السنة ، ولم يرفع في خلال هذه المدة دعوى الحيازة لاستردادها ، فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بانقضاء السنة (٦) .

(١) أما إذا كانت العين منقولة ، وفقد الحائز حيازة هذا المنقول بغير إرادته ، فإن التقادم ينقطع بفقد الحيازة . فنأضاع منقولا فقد حيازته ، وليس له أن يستيق الحيازة بمحض نيته ولو لم يفقد الأمل في العثور عليه (أنظر آنفاً فقرة ٢١٠) ، ويترتب على فقد الحيازة انقطاع التقادم . فإذا استرد الحائز حيازة المنقول بعد أن فقدها ، بدأت حيازة جديدة وبدأ معها سريان تقادم جديد .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ ص ٣٥٥ .

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٣ .

(٥) وهذا هو عين ما قرره محكمة النقض و عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في هذا المعنى . فقد قضت بأنه مادام القانون المصري قد حدد لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التي حددها القانون الفرنسي ، فقد دل بذلك على أنه قصد هو الآخر إلى أن الحكم بإعادة وضع يد الحائز يزيل شائبة الانقطاع الطبيعي ، فتكون الحيازة رغم ما طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها (نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . فتن التقنين المدني الجديد ما سبق أن قرره القضاء في هذه المسألة .

(٦) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ و فقرة ٤٧١ مكررة .

ولا يبدأ سريان تقادم جديد إلا إذا استرد الحائز حيازة العقار بعد انقضاء السنة ، وعندئذ يبدأ سريان هذا التقادم الجديد من وقت استرداد الحائز للحيازة .

المطلب الثانى

إعمال التقادم المكسب والآثار التى ترتب عليه

§ ١ - أعمال التقادم المكسب

٤٠٥ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب وجواز النزول عنه بحر

اكتماله - سريانه قواعد التقادم المسقط : إذا اكتملت مدة التقادم ، بعدم مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذى تقدم ذكره ، فإن الحق لا يكسب بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للحائز من أن يتمسك به . بل إنه يجوز للحائز ، بعد اكتمال مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن يتزل عنه ، فيبقى الحق لصاحبه ولا يكسبه الحائز بالتقادم .
فهناك إذن مسألتان : (١) وجوب التمسك أو الدفع بالتقادم . (٢) النزول عن التقادم . وفى كلتا المسألتين تسرى قواعد التقادم المسقط ، فقد رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه .

١. وجوب التمسك بالتقادم المكسب والرفع بالتقادم :

٤٠٦ - قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٧ مدنى ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط . على أنه ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين . ٢ - ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية (٢) .

فاذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب ، نخلص لنا ما يأتى :

١ - لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية

المرية الأخرى : الوسيط ٣ فقرة ٦٤٢ .

به . ٢ - ويتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذي مصلحة . ٣ - ويجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى .

٤٠٧ - لا تنقضي ^{المعكزة} بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد

من التمسك به : لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بكسب الحق بالتقادم ، بل يجب على ذي المصلحة أن يتمسك به . فإذا ما تمسك به ذو المصلحة ، وجب على المحكمة أن تقضى به . وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجري التقادم ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفماً (exception) يدفع به الحائز دعوى المالك ، ولا بد لذي الشأن من إبداء هذا الدفع والتمسك به (١) .

وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص ، فاية عبارة تدل في وضوح على أن الحائز يتمسك بالتقادم تكفى . ولكن لا يكفى أن يتمسك الحائز بالتقادم في مرافعة الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية ، ولا يكفى تمسكاً بالتقادم ما كان عاماً من طلباته الختامية ، كالقيد إلى المحكمة في أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفع (٢) . ذلك بأن التمسك بالتقادم يجب أن يكون طلباً قائماً بذاته ، ولا يتدرج في طلب أصلي عام (٣) . ويجب أن يقع التمسك به أمام القضاء ، فلا يكفى التمسك به في أثناء محاولات الصلح . وإذا تمسك الحائز بالتقادم أمام محكمة أول درجة ففقت له بذلك ، فيحبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فانه لا يكفى في الاستئناف أن يطلب تأييد

(١) ويخلص من ذلك أمران : (لولا) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً acte juridique قائماً على إرادة الحائز المنفردة volonté unilatérale ، بل هو دفع يدفع به الحائز مطالبة المالك (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة .

(٢) بودرى وتيسيه ققرة ٤٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٧٤٩ من ٧٤٥ - بلانيول وريبير وبولابجي ١ ققرة ٣٢١٨ .

(٣) نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ .

الحكم المستأنف ، بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد (١) . والتمسك بالتقادم الطويل لا يفي عن التمسك بالتقادم القصير (٢) ، وكذلك التمسك بالتقادم القصير لا يفي عن التمسك بالتقادم الطويل . إذ (٣) أن لكل تقادم شروطه وأحكامه (٤) .

وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية : ١ - ليس كسب الحق بالتقادم من النظام العام ، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة ، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة الحائر الخاصة . فالحائر وشأنه ، إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك . وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله . ٢ - هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير الحائر ، فإن كان الحائر مطمئناً إلى أن له حقاً ، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات حقه بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم ألا حق له ، وتخرج من التذرع بالتقادم ، فقد فتح

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ وقرة ٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٣ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا تمسك الحائر بالتقادم الطويل ، كان للمحكمة أن تبحث من تلقاء نفسها في توافر شروط كسب الحق بالتقادم القصير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٧ - ديجون ٩ يناير سنة ١٨٧٨ سبريه ٧٨ - ٢ - ٨٥) . ولكن التمسك بالتقادم الطويل لا يقتضي النظر في شرطي السبب الصحيح وحسن النية الواجب توافرها في التقادم القصير ، وحتى يمكن النظر في هذين الشرطين يجب التمسك بالتقادم القصير ، فلا يفي إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم الطويل (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٣) . (٣) وهناك رأى يذهب إلى أن التمسك بالتقادم القصير إذا استبعدته المحكمة وجب عليها ، دون طلب خاص ، البحث في انطباق التقادم الطويل (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٤) . ولكن النظر في استكمال المدة من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة يقتضى التحقق بما إذا كانت الحيازة قد استمرت دون توقف أو انقطاع في عشر السنوات التالية لخمس السنوات الأولى ، ولا يجوز ذلك إلا إذا تمسك الحائر بالتقادم الطويل ، فلا يفي إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم القصير (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ، وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الإيهام ، ولا يفي عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى . كما لا يفي عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

له القانون الباب لذلك عن طريق عدم التمسك بالتقادم. ٣- يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضي أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلاً لمناقشتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (١) .

٤٠٨ - التمسك بالتقادم المكسب الحز و كل ذي مصلحة : والأصل

أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم المكسب ، كما يتمسك به خلف الحائز عاماً كان أو خاصاً . فلوارث الحائز أن يتمسك بالتقادم ، والمشتري من الحائز كذلك أن يتمسك به . بل إن مدة الحائز قد تضم إلى مدة خلفه ليكمل التقادم كما سبق أن بينا (٢) .

كذلك يستطيع أن يتمسك بالتقادم كل ذي مصلحة (٣) ، وبوجه خاص دائنو الحائز . فيجوز لدائن الحائز أن يتمسك بالتقادم نيابة عن مدينة الحائز (الدعوى غير المباشرة) ، ولا يعترض على ذلك بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك بأن من حق الدائن أن يعتمد على أن مدينة الحائز قد ملك العين بالتقادم ، فيستطيع هو أن ينفذ عليها باعتبارها داخلة في أموال مدينة (٤) . ومهما يكن من أمر ، فنص المادة ١/٣٨٧ مدني صريح . كما رأينا (٥) . في جواز أن يستعمل الدائن حق مدينة الحائز في التمسك بالتقادم . وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً . والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص صريح هنا في جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينة في التمسك بالتقادم ،

(١) أنظر برذوي وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(٣) فيجوز للبائع ، ولمن لا يزال دائناً للمشتري بالثمن كالحال له بالثمن من البائع ، أن يتمسك بالتقادم الذي تم لمصلحة المشتري ، وذلك حتى يتمكن من التنفيذ بالثمن على العقار المبيع (استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٥ - نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٤٢) .

(٤) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٠ - بلانيول وريير وبولاجيه ١ فقرة

٣٢٢٠ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦

وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الدعوى غير المباشرة (١) . هذا وسنرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه الحائز في التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر الحائز على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطأ خطوة أخرى إيجابية ونزل عن التقادم أن يطعن في هذا التزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه الحائز في التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة ، إذا سكت الحائز عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا نزل الحائز عن التقادم ، أن يطعن في هذا التزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح في طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة (٢) .

٤٠٩ - يجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى :

ولما كان التمسك بالتقادم المكسب دفعا موضوعياً ، فإن لذي المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (٣) . فله أن يتمسك به منذ البداية ، وقبل الدخول في أي دفع موضوعي أو شكلي . وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفعوه الأخرى الشكلية والموضوعية ، فإذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم (٤) . وكل ما ينبغي أن يحتاط له أمران : ١ - ألا ينطوي تأخير الدفع بالتقادم على معنى التزول عنه ضمناً ، فانه إذا نزل عنه لم يعد بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعا بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهي من أوجه الدفاع التي يبدىها . ٢ - ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فانه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أي طلب (٥) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٤٨ وفقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢ .

(٤) بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٥) بودري وتيسيه فقرة ٤٨ - فقرة ٤٩ .

فإن فات الحائر الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة ، فإنه يستطيع ، ما لم ينطو تركه للدفع أمام محكمة أول درجة على معنى التزول ، أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إلى وقت إقفال باب المرافعة (١) .

فإذا لم يدفع الحائر بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الاستئنافية ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) . ذلك بأن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع ، وليس الدفع بالتقادم كما قلنا معتبراً من النظام العام حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها (٣) . لكن إذا استطاع الحائر أن يحصل من محكمة النقض على حكم بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم ، كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فإنه يجوز للحائر أمام محكمة الإحالة ، وهي محكمة موضوع ، أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك إلى وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة (٤) .

ب - التزول عن التقادم المكسب

٤١٠ - قواعد التقادم المفقود وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٨ مدني ، فيما يتعلق بالتقادم المفقود ، على أنه ١ - لا يجوز التزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت

(١) م ٢/٣٨٧ مدني وفقاً لفقرة ٤٠٦ - بودري وتيسيه فقرة ٥٠ - فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٤ ص ٨١٥ - ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٧ ص ٥٢٢ - استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٥ ص ٢١ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢١٩ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٤ .

الحق فيه ، على أن هذا النزول لا يتخذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً
مهم (١) . فإذا طبقنا هذا النص على انتقام المكسب ، خلص لنا ما يأتي :
١ - عدم جواز النزول عن التقامد المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه (٢) .
٢ - جواز النزول عن التقامد المكسب بعد ثبوت الحق فيه . ٣ - جواز
النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل .

٢١١ - عدم جواز النزول عن التقامد المكسب مقدماً قبل ثبوت
الحق فيه : يكاد يتعذر أن نتصور كيف يتحقق هذا النزول في التقامد المكسب ،
وكان من الممكن القول إنه لا يتحقق إلا في التقامد المسقط ، وإنه يستعصى
على طبيعة التقامد المكسب فلا محل لتطبيقه على هذا التقامد (٣) . ولكن يمكن
مع ذلك أن نتصور فرضاً ، وإن كان بعيد الوقوع ، يتفق فيه المالك مع
الحائز (كصاحب حق انتفاع أو محتكر) على أن ينزل الحائز عن التقامد
المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه بل قبل سريانه ، ويكون هذا إجراء أشد
من قطع التقامد بالمطالبة القضائية أو بإقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأنه في
حالة قطع التقامد على هذا الوجه أو ذاك يمكن سريان تقادم جديد على النحو
الذي قدمناه (٤) ، أما في حالة الاتفاق على النزول عن التقامد قبل ثبوت
الحق فيه وقبل سريانه ، لو صح هذا الاتفاق ، فانه لا يبدأ سريان تقادم

(١) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين المدني السابق وفي التقنينات المدنية
الغربية الأخرى في الوسيط ٣ فقرة ٦٥٥ .

وقد نصت المادة ٢٦٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه : لا يجوز الطول مسبقاً
من مرور الزمن ، إنما يمكن لكل شخص مطلق اليد بحقوقه أن يتخلل مسبقاً عن حق مكتسب
بمرور الزمن .

(٢) ويلحق بهذه القاعدة ، وفقاً لنص المادة ٢٨٨ / ١ مدني ، عدم جواز الاتفاق على
مدة لتقامد المكسب تختلف عن المدة التي عينها القانون . في التقامد المكسب الطويل تكون المدة
لخمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وفي التقامد المكسب القصير
تكون المدة خمس سنوات ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وقد سبق بيان
ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠) .

(٣) بلانيول وريبير بيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ - بلانيول وريبير بولابيه
١ فقرة ٣٢٢١ - كولان كاييتان ودي لا مورانديير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٧٤ - مرنق
ورينو فقرة ١٩٧ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ فقرة ٤٠٢ .

جديد إذ أن الحائز قد نزل مقدماً عن التقادم . على أنه إذا أمكن تصور مثل هذا القرض ، فحكم القانون صريح في بطلانه ، إذ تقول المادة ١/٣٨٨ مدني كما رأينا (١) « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » (٢) ويستوى ، في عدم جواز النزول عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه ، أن يكون التقادم طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو قصيراً مدته خمس سنوات .

٤١٢ - جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه :

فإذا اكتملت مدة التقادم المكسب ، طويلاً كان التقادم أو قصيراً ، وثبت حق الحائز في التمسك به ، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٨٨ مدني فيما قدمنا (٣) . وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً ، ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة فقد يكون مكتوباً أو شفوياً (٤) . ولكن يجب في إثبات هذا النزول ، وهو تصرف قانوني ، اتباع القواعد العامة في الإثبات فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العين على عشرة جنيهات . وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ضمناً ، وأكثر ما يكون ذلك إذا أغفل الحائز الدفع بالتقادم عمداً بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع . ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) ويجب التمييز بين الاتفاق على النزول مقدماً عن التقادم قبل أن يكتمل ، والاتفاق على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة (انظر آنفاً فقرة ٣٩٠ في آخرها في الهامش) . فالاتفاق الأول باطل ، بخلاف الاتفاق الثاني فهو صحيح (ناسى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيرة ٩١ - ٢ - ١٦١ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ - أنسيكلو يدي دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٧٨) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٤) فإذا اعترف المدين عليه ، بعد اكتمال مدة التقادم ، في أوراق صادرة منه ، بملكية المدين ، كان هذا الاعتراف هو بمثابة النزول عن الحق في التمسك بالتقادم ، ومثل هذا النزول ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلاً أم كان قصيراً (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ بصحوة المكتب الفني لأحكام التقاضي في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٦٩) .

قد نزل عنه ، فقد قدمت^(١) أن له أن يدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة . ما لم يستخلص من ظروف تأخير الدفع أنه قد نزل عنه . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف الحائر ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم^(٢) ، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض . وقد يستخلص النزول الضمنى مثلاً من قبول الحائر . بعد اكتمال مدة التقادم . أن يدفع للمالك أجره للعين^(٣) .

والأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . كما تقول المادة ٢/٣٨٨ مدنى فيما رأينا^(٤) . هي أهلية التصرف . فلا تلزم أهلية التبرع ولا تكفى أهلية الإدارة . أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الحائر لا يكسب الحق إلا إذا تمسك بالتقادم ، وهو لم يتمسك به بل نزل عن حقه فيه . فهو إذن لم يكسب الحق حتى يقال إن نزوله عن التقادم هو بمثابة تبرع بهذا الحق بعد أن كسبه ، ومن ثم لا تلزم أهلية التبرع^(٥) . وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى . فذلك لأن الحائر بتزوله عن حقه في التمسك بالتقادم لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك ، إذ هو قد نزل عن حق إذا كان لم يكسبه فإنه كان يستطيع كسبه .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤ .
(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن حق التمسك بمضى المدة ليس من النظام العام ، فإذا تنازل عنه الخصم بأن تعهد بالقيام بما عليه من الالتزامات ، فإنه لا يسوغ له بعد ذلك أن يعود فيتمسك به (استئناف وطنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٣ ص ٢٥) . وانظر فى أمثلة أخرى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٢٤ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٥) وقد كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط فى هذا الصدد ما يأتى : « وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هي أهلية التصرف لأهلية التبرع ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : ويعتبر التنازل بمتزلة التبرع وإن لم تنطوقه حقيقة الافتقار ، ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) . وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح (الوسيط ٣ فقرة ٦٦١ ص ١١٤٦ هامش ٣) .

فلا تكفى إذن أهلية الإدارة ، بل يجب أهلية التصرف . ويترتب على ذلك أن الصغير والمهجور لا يستطيع أى منهما أن يتزل عن حقه فى التمسك بالتقادم المكسب ، وكذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن يتزل عن حق الصغير أو المهجور فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل التزل عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً فى ذلك (١) .

وإذا تزل الحائز عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على النحو الذى بيناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد لا حاجة له إلى قبول المالك ، وكان هذا التزل ملزماً لا يجوز الرجوع فيه (٢) . وإذا لم يكن لدى الحائز سبب آخر غير التقادم لتملك العين ، واستمر على حيازته بعد التزل عن حق التمسك بالتقادم . فمن وقت التزل عن التقادم يبدأ تقادم جديد (٣) . ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة حتى لو كانت مدة التقادم السابق خمس سنوات ، فالتقادم القصير لا يكون إلا إذا كان الحائز حسن النية ، وقد انتهى حسن النية هنا بتزوله عن التقادم السابق ، وانطوى هذا التزل على إقرار منه بأن العين قد آلت إليه من غير مالك ، فلم يعد يستطيع أن يملك بالتقادم القصير .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٥٤ - بلانيول وريبير وهولانجه ١ فقرة

٣٢٢٥ .

(٢) والتزل عن التمسك بالتقادم ليس كما قلنا نزولاً عن الحق ذاته بعد كسبه ، بل هو نزول من كسب الحق . فلا تثبت له صفة النقل caractère translatif بل تثبت له صفة الترك caractère abdicatif . ويترتب على ذلك ما يأتى : (أ) لا يكون التزل ناقلاً للملكية من الحائز إلى المالك ، وإلا لوجب قبول المالك ، ولكن التزل تصرفاً صادراً من الجانبين لا تصرفاً صادراً من جانب واحد . (ب) لو كان التزل ناقلاً للملكية ، أى أنه يعيد الملكية إلى المالك بعد أن كسبها الحائز ، لكانت تخضع لقواعد الهبة الموضوعية . ولكنه لا يخضع لهذه القواعد ، إذ هو مجرد ترك الحق لصاحبه ، ولا يقتضى أهلية التبرع بل تكفى فيه أهلية التصرف . (ج) ولا يخضع للتسجيل . (د) ولا لرسوم نقل الملكية . أنظر فى ذلك بلانيول وريبير ويكار فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٨ وقرة ٧٥٣ - كولان وكايخان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ - مازو فقرة ١٥١٤ - مارتى و رينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠ .

(٣) وهذا بخلاف التزل عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، فقد قلنا أنه لو صح لما كان يعبه سريان تقادم جديد ، إذ أن الحائز يكون قد تزل مقدماً عن التقادم ، أى تزل عن أى تقادم يبرى فى المستقبل (انظر آنفاً فقرة ٤١١) .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢/٣٨٨ مدني كما رأينا (١) « على أن هذا النزول لا يتخذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم » . وفي هذا تطبيق لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانوني صدر من المدين ، هو نزوله عن التقدّم بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا (٢) من قبل كيف أن المادة ١/٣٨٧ مدني قد طبقت قواعد الدعوى غير المباشرة ، فأزالت الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم في التمسك بالتقدّم وهو حق متصل بشخصه ، بل هو رخصة لم ترق إلى مرتبة الحق . والآن نرى أن المادة ٢/٣٨٨ مدني هي أيضاً تزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في نزول المدين عن التمسك بالتقدّم ، مع أن نزول المدين هذا تصرف لا يتقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته (٣) ، فكان الواجب ، لولا النص ، ألا يقع هذا التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية . على أن القواعد الأخرى للدعوى البولصية يجب تطبيقها هنا بدقة . ومن ثم يشترط أن يكون نزول الحائر عن التمسك بالتقدّم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً في إفسار الحائر أو في زيادة إعساره . فإذا بقي الحائر موسراً بعد النزول عن التقدّم ، فلا شأن لدائنيه بهذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقدّم لا يعتبر تبرعاً كما قلنا ، فإنه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول في حق الدائنين ، أن يكون منطوياً على غش من الحائر وأن يكون المالك الذي صدر لمصلحته هذا النزول على علم بهذا الغش (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٢٢٣ .

(٤) وهذه المسائل مختلف فيها كل الاختلاف في فرنسا (انظر بودري وتيسيه فقرة ١١٢ -

فقرة ١١٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٥٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة

٣٢٢٦ - ماري ورينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠) . أما في مصر ، فالنصوص صريحة لا تسع

بترديد صدى هذا الاختلاف (انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٦٢ ص ١١٥ هاش ١) .

هذا وإذا نزل الحائر عن التمسك بالتقدّم في الدعوى المرفوعة عليه من المالك ففرض المالك

بحقه ، وفات دائي الحائر أن يتدخلوا في الدعوى ليطنوا بالدعوى البولصية في نزول الحائر ،

فإن لم أن يطعنوا في الحكم الصادر في الدعوى بطريق اعتراض الخارج عن الحصومة ، بشرط

٤١٣- جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل : وقد يقع أن الحائز يتزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولا عن التقادم قبل بيوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلا ، ولا بعد اكتماله فيكون نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن في أثناء سريان التقادم . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت ، لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلاً . ومن ثم نزول هذه المدة ولا يعتد بها في حساب التقادم ، ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التي انقضت .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأن الحائز إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق المالك ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة التي انقضت كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار (١) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب

٤٢٤- التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ليس التقادم المكسب مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم ، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية (٢) هـ

— أن يشبوا غش الحائز وتواطؤه مع المالك الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (بودري وتيسيه فقرة ١٢٠) . وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ص ١٠٦٣) أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول الحائز عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٨٨ مدى ، فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مديهم الحائز تطبيقاً لأحكام المادة ١/٣٨٧ مدى .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ - ويترتب على هذا التكييف أنه ما دام النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة ، إذ أن أهلية التصرف واجبة في قطع التقادم المكسب ، بخلاف التقادم المسقط فتكفي في قطعه أهلية الإدارة (انظر آنفاً فقرة ٣٩٩) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ١٦٣ .

(٢) انظر شفيق شحاته فقرة ٢٨٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٩ ص ٥٣٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٧٧ - ومع ذلك نرى محكمة النقض تردد في بعض أحكامها أن لتقادم قرينة قانونية قاطعة على الملك . من ذلك ما حثت به من أن الأساس التشريعي للتقادم هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع لتملك لدى واضح اليد (نقض مدنى ٨ ديسمبر -

فلو أن الحائز كان غير مالك للعين ، وحازها مدة خمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل . أو خمس سنوات في التقادم المكسب القصير ، وتمسك بالتقادم ، فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز ، ويصبح هذا الأخير هو المالك ، وسبب انتقال الملكية إليه هو التقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير (١) . وهذا ما تؤكدته المادة ٩٦٨ مدني في التقادم المكسب الطويل ، فهي تقول كما رأينا (٢) : « من حاز منقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . فالحائز إذن يكون له « أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني » ، ويتحقق هذا الكسب عن طريق التمسك بالتقادم المكسب الطويل ، فهذا التقادم يكون بناء على ذلك سبباً من أسباب كسب الملكية (٣) . وهذا

سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه إذ كان التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلاً على أن العين التي تحت يدها موقوفة وفقاً صحيحاً ولو لم يحصل به إشهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٢٩ .

(١) ومع ذلك قد يبقى للمالك دعوى شخصية يستطيع أن يترد بها العين . ويصعب تصور ذلك في التقادم المكسب الطويل ، إذ أن هذه الدعوى الشخصية ، تسقط بالتقادم المسقط بنفس المدة التي تكسب بها العين بالتقادم المكسب ، وهي خمس عشرة سنة . ولكن يمكن تصور ذلك في التقادم المكسب القصير : يشتري شخص عقاراً من غير مالك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ ، ويحوز المشتري العقار بحسن نية وبهذا السبب الصحيح خمس سنوات ، فيملكه بالتقادم المكسب القصير . ولكن يستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى البائع في إبطال البيع أو فسخه ، إذ هو دائن له فيكون من حقه أن يستعمل دعوى مدينه ، فيبطل البيع أو يفسخه ، ومن ثم يترد العقار من تحت يد المشتري (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٤ - ص ٥٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٣) وقد قضى بأن التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سبباً لكسب الملكية ، وليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير =

ما تؤكد أيضاً المادة ١/٩٦٩ مدني في التقادم المكسب القصير ، إذ يمرل :
 « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن
 النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب
 تكون خمس سنوات » . فالتقادم بخمس سنوات يكسب إذن الحائز ملكية
 العقار أو الحق العيني العقارى ، وعلى ذلك يكون التقادم المكسب القصير هو
 أيضاً سبب من أسباب كسب الملكية (١) .

والحائز الذى يكسب الملكية بالتقادم يستطيع أن يتمسك بكسبها عن
 طريق الدفع أو عن طريق الدعوى . فإذا رفع المالك عليه دعوى الاستحقاق
 دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق
 الدفع (٢) كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى ، فلو
 أن العين بعد أن تملكها بالتقادم المكسب خرجت من حيازته ، فإنه يستطيع أن
 يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب
 سبباً لكسب الملكية ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى (٣) .

— المسجل على انتقال حيازة العين إليه ، وتكون حيازته في هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع
 له (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٨ من ٨٩٠) .
 وانظر نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ من ١١١ (حتى
 لو أقرنت الحيازة بمقد ثبتت صوريته أو بطلانه) — استئناف وطني ٢١ أبريل سنة ١٩١٤
 المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٣ من ١٨٢ .

(١) انظر بودري وتيسيه فقرة ٢٦ ص ١٨ — ص ١٩ — مازو فقرة ١٥٠٧ —
 وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المنازعة التي أثارها المالك الأصل للعقار تجاه
 حائزه لاحقة لاكتمال مدة التقادم الطويل المكسب للملكية الحائز ، فإنه لا يمتد بها (نقض مدني
 ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

(٣) وهناك من الشرائع ما لا يجعل التمسك بالتقادم إلا بطريق الدفع ، فيكون التقادم
 أقرب إلى التقادم المسقط منه إلى التقادم المكسب ، كالقانون الروماني والشرعية الإسلامية .
 ففي القانون الروماني كان التقادم المكسب الطويل (*praescriptio longi temporis*) ، انتهى
 أدخله البريطور إلى جانب التقادم المكسب (*usucapio*) ليسرى على أراضي الأقاليم وعلى
 الأجانب ، لا يعطى في أول الأمر للحائز إلا دفناً ضد دعوى الاستحقاق التي يرفضها المالك ،
 وإن كان قد انتهى إلى أن يكون دفناً ودعوى ، فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق ،
 كما يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة (انظر آنفاً فقرة ٣٦٨) .
 وفي الشريعة الإسلامية لا يعطى مرور الزمن للحائز إلا دفناً ، فإذا دفع عليه المالك دعوى
 الاستحقاق استطاع أن يدفعها بعدم جواز سماح الدعوى لمرور الزمن ، ولكنه لا يستطيع إذا
 خرجت العين من حيازته أن يدفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ، فيكون التقادم
 في الشريعة الإسلامية تقادماً مسقطاً لا تقادماً مكسباً (انظر بودري وتيسيه فقرة ٦٢٠ ص ٤٧ —
 بلانفول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٤) .

٤١٥ - التقادم المكسب بكسب الملكية بأثر رجعي : وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به ، فإن الملكية تنتقل إلى الحائز ، لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب ، بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم . فيعتبر الحائز مالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها ، ويكون مالكا إياها طوال مدة التقادم (١) واستناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدأ سريانه إنما تقضى به طبيعة نظام التقادم ، والمهدف الذي يرمى هذا النظام إلى تحقيقه . فهو يرمى إلى حماية الأوضاع المستقرة ، وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدأ سريان التقادم . ومن ذلك الوقت أخذ الحائز يظهر بمظهر المالك ويتعامل في العين تعامل المالك فيديرها ويؤجرها ويقبض ثمارها ويرتب عليها حقوقاً للغير ، فإذا اكتملت مدة التقادم وملك الحائز العين أجزوا بعد ذلك أن تناقش هذه الأوضاع التي استقرت ومضت عليها مدة طويلة ، فاطمأنت إليها الناس ؟ الواجب إذن الرجوع إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم ، واعتبار الحائز مالكا للعين من ذلك الوقت (٢) .

ويترتب على أن للتقادم المكسب أثراً رجعياً على النحو الذي قدمناه ، وأن الحائز يعتبر مالكا للعين منذ بدء الحيازة ، النتائج الآتية :

(أولاً) : أن الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يملك هذه الثمار استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فقد يكون سيء النية ولا يمضي على قبضه للثمار مدة خمس عشرة سنة ، فلا يستطيع أن يملك الثمار بالقبض لأنه سيء النية ، ولا أن يملكها بالتقادم لأنه لم يمض على حيازته إياها مدة خمس عشرة سنة . ومع ذلك لا يرد الثمار للمالك ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتقادم . فقد اعتبر الحائز مالكا منذ بدأ سريان التقادم كما قدمنا ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار فيتملك الثمار باعتبارها مالكا لأصل العين (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢١٦ - كولان وكايتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢١٧ - كولان وكايتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ ص ١٢١٠ - مارتى وريينو فقرة ١٩٦ - كاربونييه ص ٢١٤ .

(ثانياً) : إذا رتب المالك ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي وضع الحائز يده عليها كحق رهن فإن هذا الحق ، إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به فملك العين ، لا يسرى في حق الحائز (١) . ولا يفسر ذلك إلا الأثر الرجعي للتقادم المكسب ، فإن الحائز يعتبر مالكاً للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فلا يكون المالك السابق مالكاً لها في خلال هذا الوقت وهو الوقت الذي رتب فيه حق الرهن : ومن ثم يكون الرهن صادراً من غير مالك فلا يسرى في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم . أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم ، فإنها تسرى في حق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم ، إلا إذا كانت قد انقضت بالتقادم المسقط أو انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية (٢) .

(١) كذلك لو باع المالك العين ، ولكنها بقيت في حيازة الحائز ولم يتقطع التقادم إلى أن اكتملت مدته ، فإن الحائز يعتبر مالكاً للعين من بدء الحيازة ، ولا يسرى في حقه البيع إذ يعتبر صادراً من غير مالك . وتنتج الحيازة أثرها في حق المالك وفي حق المشتري منه ، دون أن يكون الحائز مضطراً إلى ابتداء حيازة جديدة في حق المشتري من المالك ، فالحيازة القديمة تكفي مادامت لم تنقطع . وإذا وقف المالك العقار في خلال مدة التقادم واكتملت المدة ، فإن الحائز يتملك العقار بالتقادم العادي ولا يسرى الوقف في حقه . وقد قضى بأنه إذا وضع شخص يده على عقار ، ثم حصل وقف العقار بمعرفة مالكة الأصل وظلت يد الحائز قائمة دون المالك الأصل ، تملك الحائز العقار بمدد التقادم العادي ، ولا يسرى الوقف في حق الحائز (طنطا الكلية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المضافة ١٠ رقم ٢٣٧ ص ٤٧٠) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - كولان وكايتان ودي لاموراندوير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ - ١٥١٠ - مارتى وريينو فقرة ١٩٦ . فإذا رتب المالك قبل بدء سريان التقادم حق رهن على العين ، فإن تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يستتبع انقضاء الرهن ، بل يبقى الرهن قائماً حتى يزول بسبب من أسباب انقضائه ، كما إذا انقضى بانقضاء الدين المضمون به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فإن تملكه العقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن ، إذ هذا يؤدي إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذي كفله نص المادة ٥٥٤ مدني من استيفاء حقه بالأولوية والتقدم من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط الرهن مستقلاً عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضي إلا بانقضائه (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٠١) . وانظر أيضاً استئناف محظوظ دوائر -

(ثالثاً) : إذا رتب الحائز ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي حازها ، ثم تملك العين بالتقادم ، فإن هذا الحق يصبح نافذاً باتاً (١) .
والأثر الرجعي أيضاً هو الذي يفهم ذلك ، فإن الحق العيني الذي رتبه الحائز في خلال مدة التقادم كان صادراً من غير مالك إذ أن مدة التقادم لم تكن قد

— مجتمعة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٧ — استئناف غنطس ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٨ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٠ — ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧ .
وكالمرهن سائر الحقوق العينية التبعية كحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، ولم يقرر المشرع المصري ، كما قرر المشرع الفرنسي في المادة ٢٨٨٠ مدني فرنسي ، سقوط الرهن والامتياز بالتقادم (محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٥٩ ص ٢٩٩) . أما إذا قرر المالك قبل بدء سريان التقادم حقوقاً عينيه أصلية ، كحق انتفاع أو حق الارتفاق ، فإذا لم يستعمل المتفع أو صاحب المقار المرتفق حق الانتفاع أو حق الارتفاق طوال مدة الخمس عشرة سنة مدة التقادم الطويل ، فإن الحائز يكسب ملكية العين خالية من حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، إذ يكون قد كسب الملكية بالتقادم الطويل المكسب ، وسقط حق الانتفاع أو حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو التقادم المسقط .
ويلاحظ هنا أن التقادم المسقط يكتمل مستقلاً عن التقادم المكسب وإن كانت مدتهما واحدة ، فقد يمترض أحد النوعين من التقادم سبب للوقف أو للانقطاع لا يمترض التقادم الآخر . ويلاحظ أيضاً أنه كما يسقط حق الانتفاع بالتقادم المسقط ، فإنه يجوز كذلك كسبه بالتقادم المكسب ، وذلك إذا وضع الحائز يده على العين باعتبارها غير مثقلة بحق الانتفاع ، فيكون قد وضع يده على كل من الرقبة وحق الانتفاع وملك كلا منهما بالتقادم المكسب الطويل . أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ، فيسقط به . وإذا كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية ، فإنه يملك المقار بخمس سنوات مدة التقادم القصير ، وفي هذه الحالة يبقى المقار مستقلاً بحق الارتفاق أو بحق الانتفاع لأن أيًا من الحقيقتين لم يسقط بعدم الاستعمال إذ لم يمترض على تركه إلا خمس سنوات . ولكن يجوز أن يتسلك الحائز بالتقادم القصير حق الانتفاع إذا وضع يده على المقار باعتباره غير مثقل بهذا الحق ، أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ومدته خمس عشرة سنة . وإذا كسب الحائز حق الانتفاع بالتقادم القصير ، فإنه يكسبه مستقلاً عن حق الرقبة ، وإن كانت مدة التقادم القصير في كل منهما واحدة ، فقد يمترض تقادم حق الانتفاع أو تقادم الرقبة سبب للوقف أو للانقطاع لا يمترض التقادم الآخر (انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٣ — ص ٥٢٤ — بودري وتيسيه فقرة ٦٩٦ — بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٤٦ — اسماعيل غام ص ١٣٢ — ص ١٣٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٩٠ — بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ — بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢١٧ — كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٣ — مازو فقرة ١٥٠٩ — مارتو وريينو فقرة ١٩٦ — كاربونييه ص ٢١٤ .

اكتملت ، فكان ينبغي أن يبقى معتبراً أنه صدر من غير مالك حتى بعد اكتمال مدة التقادم لو أن التقادم المكسب لم يكن له أثر رجعي . أما وهذا التقادم له أثر رجعي ، فإن الحائز يعتبر مالكا للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فيكون مالكا لها وقت أن رتب الحق العيني ، ومن هنا يصبح هذا الحق نافذاً باتاً كما سبق القول .

١٦ - تخلف الالتزام الطبيعي عن التقادم المكسب : وكما يتخلف التزام

طبيعي عن الالتزام الذي يتقضى بالتقادم المسقط ، وقد صرحت بذلك المادة ١/٣٨٦ مدني إذ تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » (١) ، كذلك يتخلف التزام طبيعي عن الحق الذي يكسب بالتقادم المكسب . فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب ، ولم يكن قبل التقادم مالكا لها ، فإنه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً التزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقي برد العين إليه (٢) .

والآثار التي تترتب على هذا الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي . وأهم هذه الآثار هي : (١) يجوز للحائز أن يوفى مختاراً وعن بينة من أمره بالتزامه الطبيعي ، فيرد العين . فإذا كان الحائز ، بعد التمسك بالتقادم وكسب الحق ، قد استجاب للداعي ضميره فرد العين إلى مالكيها الحقيقي ، كان هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً . ومن ثم لا يشترط في هذا الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للحائز أن يسترد العين بعد ردها للمالك الحقيقي (٢) وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعي

(١) انظر في تاريخ النص وفيما يقابله في التقنين المدي السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٦٤ - وانظر في تخلف الالتزام الطبيعي عن التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٦٧٥ - فقرة ٦٨٠ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ هامش ١ - بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩٠ - ص ٩١ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٤ ص ٧٤٢ - مازو فقرة ١٥١٣ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - أما إذا كان الحائز قد رد العين لمالكها الحقيقي قبل التمسك بالتقادم ، فإن ذلك يكون تنفيذاً لالتزام مدني لا لالتزام طبيعي ، لأنه لم يملك العين بالتقادم إذ هو لم يملك به ، فيبقى التزامه بالرد التزاماً مدنياً (بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - ص ٩٢) . وعلى ذلك لا يستطيع بعد أن يرد العين للمالك الحقيقي أن يستردها منه حتى لو كان قد ردها عن غلط ، كأن كان وقت أن ردها لا يعلم باكتمال مدة التقادم كان يظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل . وكان يستطيع استردادها لو أنه ردها عن غلط تنفيذاً للالتزام الطبيعي الذي تخلف في ذمته (الوسيط ٣ فقرة ٦٦٥ ص ١١٥٤) .

لا يتخلف في ذمة الحائز ، إلا إذا كان هذا الأخير لا يملك العين قبل التقادم واعتمد في تملكها على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره في هذه الحالة هو الرقيب عليه . فقد يدعوه إلى رد العين لمالكها الحقيقي حتى يأخذ كل ذي حق حقه . ويكون هنا قد وفى بالتزام طبيعى . أما إذا كان يملك العين قبل التقادم ، وإنما لجأ إلى التمسك بالتقادم تخففاً من عبء إثبات ملكيته للعين ، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعى . بل يملك الحائز العين بالتقادم دون أن يتخلف أى التزام طبيعى عن ذلك . فالأمر إذن موكول إلى ضمير الحائز ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله (١) . (٢) يجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعى المتخلف في ذمة الحائز سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدنى . فإذا كان الحائز ، بدلاً من أن يرد العين فعلاً لمالكها الحقيقي ، تعهد بأن يردّها إليه ، فانه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً في ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم برد العين التزاماً مدنياً ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى في ذمته (٢) . (٣) ولكن لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى المتخلف في ذمة الحائز ، إذا قصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى . ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعى وهو يعتقد أنه التزام مدنى ، فان الترامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصلى ، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (٣)

المبحث الثانى

الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية

المطلب الأول

كسب ملكية العقار

(التقادم المكسب القصير فى العقار)

٤١٧ - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى .

١ - إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٦ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٧ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٩ ص ١١٧٢ .

- ٢١ - ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق .
 ٣١ - والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء
 أو صاحب للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا
 للقانون ، (١) .
 ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/٧٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من النص كانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « والسبب الصحيح لا يفترض وجوده ، ويصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » . وقد حذفت لجنة المراجعة من النص في فقرته الثالثة عبارة « لا يفترض وجوده » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٤٤ في المشروع النهاى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٤ - ص ٤٩٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية عقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . . . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، ويؤخذ على نص التقنين المدني السابق أنه أغفل اشتراط حسن النية ولم يحدد معنى السبب الصحيح ولم يعرض لمسألة التسجيل ، وقد تدارك التقنين المدني الجديد هذه العيوب : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩) . وقد جرى القضاء في عهد التقنين المدني السابق على اشتراط حسن النية بالرغم من إغفال النص لهذا الشرط : استئناف وضى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٣ - أسبوط الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ٢١ ص ٣٨ - استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ - ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٧١ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٩ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٢ - بل إن هناك حكماً شاذاً من محكمة الاستئناف المختلطة يقضى باشتراط حسن النية حتى في التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨) ، ولكن المحكمة ما لبثت أن رجعت إلى الرأي الصحيح ونواترت أحكامها على أن حسن النية غير لازم في التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ١٧٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٩١) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٨/٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ (١) .

والصورة المألوفة لتطبيق النص سالف الذكر هي أن يبيع غير المالك عقارا باعتبار أنه هو المالك ، ويكون المشتري حسن النية أى يعتقد أن البائع مالك للعقار ، فإذا حاز المشتري العقار فإنه لا يحتاج في تملكه إياه إلى التقدم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة . بل يكفي في تملكه للعقار بالتقدم المكسب القصير ومدته خمس سنوات فقط . والسبب في تقصير مدة التقدم ، وجعلها خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة . هو أن الحائز هنا يمتاز عن الحائز في التقدم المكسب الطويل بأنه حسن النية وعنده سبب صحيح يدعم حسن نيته . وهذا كله في العقار ، أما في المنقول فإن من يشتريه من غير مالك ويكون

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٨ (تطابق المادة ٩٦٩ مدني مصري في فقرتها الأوليين . أما الفقرة الثالثة من المادة ٩١٨ مدني سوري فتجوز على الوجه الآتي : « والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل التالية : الاستيلاء على الأراضى المرات ، انتقال الملك بالإرث أو الوصية ، الهبة بين الأحياء بدون عوض أو بعوض ، البيع أو الفراغ » . وظاهر أن السبب الصحيح في التقنين السوري أوسع بكثير من السبب الصحيح في التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٨/٣ - ١١٥٨/٢ : وإذا وقعت خيازة على عقار أو حق عيني عقارى ، وكان غير مسجل في دائرة الطابو واقررت الخيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن المدة التي تمتع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت نلق الحق . ١١٥٨/٢ : والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل الآتية : (أ) الاستيلاء على الأراضى المراث . (ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية . (ج) الهبة . (د) البيع أو الفراغ . (والتقنين العراقي ، في تحديد السبب الصحيح ، يوافق التقنين السوري ، وهو أوسع من التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد في السجل العقاري ، فيما يتعلق بالمقارنات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري ، يوضع يد الشخص بصورة هادئة طنية مستمرة مدة خمس سنوات ، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محقق . . . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، ولم يصرح القانون اللبناني بشرط حسن النية) .

حسن النية يملكه في الحال بمجرد الحيازة كما سيأتي ، وذلك بموجب القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المتقول سند الملكية .

فالقانون هنا يعالج حالة خاصة ، هي حالة من يتلقى الملكية من غير مالك بسبب صحيح وهو حسن النية . وقد وجدته جديراً بالعناية ، وأراد أن يحميه من مطالبة المالك الحقيقي له . فلم ير أن يجعله معرضاً لهذه المطالبة طوال مدة الخمس عشرة سنة وهي المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل ، بل قصر هذه المدة إلى خمس سنوات في العقار ، وألغاهما أصلاً في المتقول فيتملك الجائر المتقول بمجرد الحيازة ، وذلك كله جزاء على حسن النية المدعوم بالسبب الصحيح . فالتقادم المكسب القصير في العقار ، ومدته خمس سنوات ، أريد به تغطية من يتعامل في العقار مع غير المالك ، فيصبح بعد انقضاء هذه المدة القصيرة كأنه تعامل مع المالك (١) .

والتقادم المكسب القصير ، على النحو الذي بيناه يشترك في أكثر قواعده مع التقادم المكسب الطويل ، ثم يتفرد بقواعد خاصة به .

٤١٨ - القواعد التي يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم

المكسب الطويل : الأصل أن قواعد التقادم المكسب الطويل تسري على التقادم المكسب القصير ، إلا فيما استثنى بنص خاص . وعلى ذلك يسري على التقادم المكسب القصير قواعد التقادم المكسب الطويل فيما يتعلق بالأمور الثلاثة الجوهرية الآتية : (١) كيف يتحقق التقادم . (٢) أعمال التقادم . (٣) الآثار التي ترتب على التقادم . وقد سبق أن طبقنا نفس القواعد على كل من التقادم الطويل والتقادم القصير في مناسبات مختلفة .

١ - فيما يتعلق بتحقيق التقادم ، يتحقق التقادم المكسب القصير طبقاً للقواعد التي يتحقق بها التقادم المكسب الطويل . فيجب أن يكون العقار الخاضع للتقادم المكسب القصير عقاراً قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً للحيازة (٢) . ومن

(١) فالتقادم المكسب القصير ، إلى جانب حمايته لاستقرار التعامل ويشترك في ذلك مع التقادم المكسب الطويل (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧) ، يحرم أيضاً الجائر حسن النية المستند إلى سبب صحيح ، فيتملك هذا الجائر العقار بخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة (بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٠٠) .

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٣ .

ثم لا يسرى التقادم المكسب القصير على الدومين العام (١) ، ولا على الدومين الخاص (٢) ، ولا على الوقف الحيري (٣) . ويجب أن يخضع العقار لحيازة مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى ، وخالية من العيوب (٤) . ومدة التقادم . وهى خمس سنوات فى التقادم القصير كما قدمنا ، لا يجوز الاتفاق على تعديلها . وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها (٥) . ويبدأ سريان التقادم من اليوم التالى لليوم الذى بدأت فيه الحيازة (٦) ، ولا يسرى فى الحقوق المعلقة على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا فى الحقوق المقرنة بأجل إلا من وقت حلول الأجل (٧) ، ولا فى الحقوق الاجتماعية إلا من وقت تكامل عناصرها (٨) . وإذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ، ما بين الزمنين مالم يعم الدليل على العكس (٩) . وتسرى قواعد ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين على الوجه الذى بسطناه فى التقادم الطويل (١١) . وتسرى قواعد وقف التقادم على النحو الذى قدمناه ، فلا يسرى التقادم القصير ، كما لا يسرى التقادم الطويل ، كلما وجد مانع يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا (١٢) ومن أسباب وقف التقادم أسباب تتعلق بالشخص (١٣) ، ومنها أسباب ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية (١٤) . كذلك تسرى قواعد انقطاع التقادم ، فينقطع التقادم

(١) آنفاً فقرة ٣٧٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٥ .

(٣) آنفاً فقرة ٣٧٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٣٧٨ .

(٥) آنفاً فقرة ٣٨٠ .

(٦) آنفاً فقرة ٣٨١ .

(٧) آنفاً فقرة ٣٨٢ .

(٨) آنفاً فقرة ٣٨٣ .

(٩) آنفاً فقرة ٣٨٤ .

(١٠) آنفاً فقرة ٣٨٥ .

(١١) آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(١٢) آنفاً فقرة ٣٨٨ - فقرة ٣٩٠ .

(١٣) آنفاً فقرة ٣٩١ .

(١٤) آنفاً فقرة ٣٩٢ .

القصر بالمطالبة القضائية (١) . وباقرار الحائز حق المالك (٢) ، ويفقد الحيازة (٣) .

٢ - وفيما يتعلق بأعمال التقادم ، يكون لإعمال التقادم القصير ، كأعمال التقادم الطويل ، عن طريق التمسك بالتقادم ، فلا تقضى المحكمة بالتقادم القصير من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به (٤) ، ويتمسك به الحائز وكل ذي مصلحة (٥) ، ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (٦) . ولا يجوز التزول عن التقادم القصير مقدماً قبل ثبوت الحق فيه (٧) ، ولكن يجوز التزول عنه بعد ثبوت الحق فيه (٨) ، كما يجوز التزول عن المدة التي انقضت في تقادم قصيرة لم يكتمل (٩) .

٣ - وفيما يتعلق بالآثار التي تترتب على التقادم ، تترتب على التقادم القصير نفس الآثار التي تترتب على التقادم الطويل . فالتقادم القصير سبب لكسب الملكية (١٠) ، وهو يكسب الملكية بأثر رجعي (١١) ، ويتخلف عنه التزام طبيعي (١٢) .

(١) آنفاً فقرة ٣٩٥ - فقرة ٣٩٨ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤٠٢ .

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤٠٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٧ .

(٥) آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٦) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٧) آنفاً فقرة ٤١١ .

(٨) آنفاً فقرة ٤١٢ .

(٩) آنفاً فقرة ٤١٣ .

(١٠) آنفاً فقرة ٤١٤ .

(١١) آنفاً فقرة ٤١٥ .

(١٢) آنفاً فقرة ٤١٦ - وإذا تملك الحائز العقار بالتقادم القصير ، أصبح في مأمن من دعوى استحقاق ترفع عليه من المالك الأصل للمقار . فإذا فرض أن هذا المالك باع المقار وكان البيع قابلاً للإبطال أو الفسخ وباع المشتري المقار لمشتري ثان حسن النية ، ثم أبطل المالك الأصل البيع الأول أوفسخه ، فإن المشتري الأول يعتبر أنه لم يملك المقار أصلاً . وفي هذه الحالة يملك المشتري الثانى المقار بالتقادم القصير إذا بقى حائزاً له مدة خمس سنوات ، فقد اشترى من غير مالك وبحسن نية . ولا يستطيع المالك الأصل أن يتردد منه المقار بدعوى استحقاق ، لأن دعوى الاستحقاق هذه يحول دونها تملك الحائز العقار بالتقادم القصير . (بودرى وتيسيه فقرة ٦٩٨) . فإذا كان البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثانى أى نفس السبب الصحيح الذى تلقى به الحائز المقار ، هو أيضاً بيع قابل للإبطال أو الفسخ ، فإن المشتري الأول -

ويمكن القول بوجه عام إن جميع القواعد التي تسرى على التقادم الطويل تسرى على التقادم القصير ، فيما عدا مسائل معينة انفرد بها التقادم القصير ، تنتقل الآن إليها .

٤١٩ - القواعد التي يفرضها التقادم المكسب القصير : يمكن حصر

هذه القواعد في أربع : المدة التي يتم بها التقادم القصير ، واقتصار التقادم القصير على العقار دون المنقول ، وضرورة قيام السبب الصحيح ، واقتصران السبب الصحيح بحسن النية .

أما المدة في التقادم القصير فهي خمس سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة كما تقدم القول ، وتحسب على الوجه الذي تحسب به مدة الخمس عشرة سنة في التقادم الطويل ، وقد سبق بيان ذلك (١) . ولا تحسب مدة الخمس سنوات إلا من وقت اجتماع السبب الصحيح والحيازة . فإذا سبقت الحيازة السبب الصحيح أو سبق السبب الصحيح الحيازة . لم تسر المدة إلا بعد أن ينضم السبب الصحيح إلى الحيازة أو تنضم الحيازة إلى السبب الصحيح .

ويقتصر التقادم القصير على العقار دون المنقول . فلا يخضع لهذا التقادم إلا عقار معين بالذات ، أو حق عيني على عقار كحق الانتفاع بالعقار وحق الارتفاق الظاهر وحق رهن الحيازة العقاري . أما المجموع من المال (universalité) ولو لم يشتمل إلا على عقارات . فلا يخضع للتقادم القصير ، كما لا يخضع للتقادم الطويل فيما قدمنا (٢) . فمن اشترى من الوارث الظاهر نصيباً في الميراث أى جزءاً من مجموع التركة ، وهو حسن النية يعتقد أن البالغ هو الوارث

يستطيع أن يبطله أو يفسخه إذا لم تكن دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ قد سقطت ، فيسترد العقار من المشتري الثاني حتى لو سبق هذا حائزاً له مدة خمس سنوات . ولما كان المالك الأصلي الذي صدر منه البيع الأول هو دائن للمشتري الأول ، فإنه يستطيع استمالة دعوى مدينه و إبطال البيع الثاني أو فسخه ، فيعود العقار إلى المشتري الأول ، ثم يعود المالك الأصلي إلى إبطال أو فسخ البيع الأول الصادر منه ، فيسترد العقار (بودري وتيسيه فقرة ٦٩٩ ص ٥٣٩) . هذا وإذا عجز المالك الأصلي عن استرداد العقار بعد أن أبطل أو فسخ البيع الصادر منه للمشتري الأول ، بسبب أن المشتري الثاني حاز العقار وهو حسن النية خمس سنوات ، فتملكه بالتقادم القصير ، فإن المالك الأصلي يرجع بالتعويض على المشتري الأول (بودري وتيسيه فقرة ٧٠٠) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠ - فقرة ٣٨٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٧٣

الحقيقى ، لا يملك بالتقادم القصير ما اشتراه ولو كان كله عقاراً . فالتقادم القصير إنما يحول إذن دون دعوى استحقاق عقار بالذات يرفعها مالك هذا العقار ، ولا يحول دون دعوى الإرث يرفعها الوارث الحقيقى (١) .
بقى السبب الصحيح وحسن النية ، وهذان هما دعامتا التقادم المكسب القصير ، فنتناولهما فيما يلى يبحث مفصل .

§ ١ - السبب الصحيح

٤٢٠ - تحديد معنى السبب الصحيح : المفروض أن عقاراً انتقلت حيازته إلى شخص ، وأن انتقال الحيازة يرجع إلى سبب قانونى يوجب انتقالها . فإذا كان هذا السبب هو تصرف قانونى (acte juridique) ناقل للملكية (translatif de propriété) كالبيع والوصية ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك (٢) ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك : فهذا هو السبب الصحيح (juste titre) فى معنى التقادم المكسب

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠ ص ٧١٠ - كولان وكابيتان دوى لاموراندير ١ فقرة ١٢٠٣ ص ٩٧٩ - ماري ورينو فقرة ١٩٨ .

(٢) أى من شخص لم يملك أصلاً ، أو كان مالكا ولكن ملكيته زالت بأثر رجعى (كاربوينيه ص ٢٠٨) . والتصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاوزاً فيه حدود النيابة لا يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا يصلح سبباً صحيحاً ، فهو لم يصدر من الأصل ، وكفكف لم يصدر من النائب أصالة عن نفسه بل باسم الأصل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢١ ص ٦٤٨ هامش ٢) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، وكان الثابت فى الوقائع أن هذا البيع الصادر للطلعين إنما صدر لهما من وكيل عن المالك للأطيان المبيعة ، فإنه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح . وإنما يتعين فى هذا هذا المجال إعمال ما تنقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبأثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الأصل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٢٩١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع وكيل مال الموكل مجاوزاً فى ذلك حدود الوكالة ، لم يصلح البيع أن يكون سبباً صحيحاً (استئناف محظ ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٢) .

القصر (١) . وسمى « صحيحاً » (juste) لأنه كان يتقل الملكية لو صدر من المالك ، لا لأنه خال من أسباب البطلان فسرى أن التصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك « سبياً صحيحاً » (٢) . فالهم في السبب الصحيح هو أن يكون

(١) نقض ملك ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - استئناف وطني ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٦ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد بالسبب الصحيح في تملك المقار بالتقادم الحسى هو كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته للمقار ، ويجعل وضع يده عليه حلالاً سليماً من شبه النصب في نظره واعتقاده . والمراد بكون السبب صحيحاً في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته نقلاً للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف . ولهذا يصلح المقد الباطل بطلاناً نسبياً ، وكذلك المقد المطلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سبياً صحيحاً لتمليك المشتري على أساسه المقار بوضع اليد (نقض ملك ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١) - وانظر نقض ملك ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ١ ص ٤٥٢ رقم ٥١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٠ ص ٦٩١ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٥ ص ١١٢٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٩٣ رقم ٥٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢٤٣ (بيع صادر من مالك لا يصلح سبياً صحيحاً) - ٢٢ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٨ (تملك الراش على المزاد بحكم مرسى المزاد ، وهو لم يصدر إلا بعد الحكم بتبعية العين لجهة الوقف ، يعتبر تمسكاً بتصرف صادر من غير مالك ، فيصلح هذا التصرف لأن يكون سبياً صحيحاً) - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٠٣ (مقدار يحوزه واضع اليد خارجاً عن عقد شراء قمبر حيازته غير مستندة إلى سبب صحيح . فلا يملكه الحائز إلا بالتقادم الطويل) - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٢ ص ٣٩٨ (تصرف صادر من مالك لا يصلح سبياً صحيحاً) . وإذا باع المالك على الشيوع جزءاً من المقار مفرزاً ، فأن البيع يعتبر صادر من غير مالك فيصلح أن يكون سبياً صحيحاً (نقض ملك ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ - ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥) .

وقضت محكمة النقض بأن السبب الصحيح اللازم توافره لتملك بالتقادم الحسى هو ماتنص -

صادراً من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقد مشوباً بعيوب أخرى أو غير مشوب مادام له وجود قانوني . ولأنه صادر من غير المالك فهو لا ينتقل الملكية إلى الحائز ، ومن أجل ذلك شرع التقادم المكسب القصير لحماية الحائز حسن النية الذي صدر له هذا السبب الصحيح . فإن هذا الحائز ، إذا كان لا يكسب الملكية بموجب هذا التصرف القانوني ، فإنه يكسبها بتقادم قصير مدته خمس سنوات فقط رعاية لحسن نيته ، حتى لا يبقى معرضاً لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي طوال خمس عشرة سنة ، إذا لم يفتح له القانون إلا باب التقادم المكسب الطويل أسوة بالحائز سيء النية أو الحائز حسن النية ولكن ليس معه هذا السبب

عليه المادة ٢/٩٦٩ مدني . وقد يصدر من شخص لا يكون مالكاً لشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون . والمتصرف الذي لا يبد مالكاً في المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك لشيء ويستحيل عليه أن ينتقل ملكيته إلى من تصرف إليه ، وعلة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينتقل إليه الملكية . ومن ثم فإن البائع إذا كان سنده عقداً غير مسجل صادراً إليه من المالك الحقيقي ، فإنه لا يكون المشتري أن يتسك بتملك المبيع بالتقادم الخسني لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكاً إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عيناً بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر بعد ذلك (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٢) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر سيباً صحيحاً عقد البيع الصادر إلى الزوجة لا أصالة عن نفسها بل باعتبارها أما مستعارة ، إذ يشترط في السند الذي يعتبر سيباً صحيحاً أن يكون صادراً إلى المتسك بالتقادم نفسه (نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٨ ص ١٠١٩) .

وانظر في وجوب أن يصدر السبب الصحيح من غير المالك : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٦١ - أول مارس سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ١٩٠ - ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٢٦٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٤٠١ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٦ ص ١٠ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - وقارن مع ذلك أحكاماً شاذة تقرر جواز صدور السبب الصحيح من المالك : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٦ ص ٩٥ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٢ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

الصحيح (١) . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشيء لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق الظاهر وحق الرهن الحيازي ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق لشخص آخر ، يعتبر هو أيضاً سبباً صحيحاً . فالعقد الذي ينشئ أو ينقل حق انتفاع ممن لا يملكه ، والعقد الذي يرتب حق ارتفاق ظاهر من غير مالك العقار المرتفق به ، ورهن الحيازة الصادر من غير مالك العقار المرهون ، كل هذه تصرفات تعتبر سبباً صحيحاً لا تنشئ أو تنقل

(١) فإذا كان السبب الصحيح صادراً من المالك ، وكان تصرفاً قانونياً باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فليس هنا مجال تطبيق التقادم المكسب القصير ، والواجب إعماله في هذه الفروض هي قواعد البطلان (مصر الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٢٠٦) . على أنه يوجد فرض يجوز فيه إعمال التقادم المكسب القصير ويكون الحائز قد تعامل مع المالك : يبيع المالك العقار ، وقبل أن يسجل المشتري عقده يبيع المالك العقار مرة ثانية لمشتري ثان يسجل عقده ، فننقل الملكية للمشتري الثاني طبقاً لقواعد التسجيل . ثم يسجل المشتري الأول عقده وهو حسن النية ، أي دون أن يعلم أن البائع قد باع العقار مرة ثانية لغيره وأن المشتري الثاني قد سبق إلى تسجيل عقده . ففي هذا الفرض إذا حاز المشتري الأول العقار بعد تسجيل عقده ، فإنه يستطيع أن يملكه بالتقادم القصير ، مع أنه تعامل مع المالك (أنظر في هذا الفرض مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٢٠٦ - ص ١٢٠٧ - نقض فرنس ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ - ج - ٢٤) . ولكن محكمة النقض في مصر قد قضت بأنه لا عمل لتطبيق التقادم الحسن إذا بيع العقار مرتين لشخصين سجل أحدهما عقده وحاز الآخر الذي لم يسجل عقده المبيع خمس سنوات ، ذلك أن التصرف هنا صادر من مالك ، ويكون التضائل بين المشتريين المتزاحمين على أساس الأسبقية في التسجيل (نقض ملق ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧) . وأنظر استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧٧ ص ١٣١ - استئناف مخطط ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - محمد علي مرة فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٥٢٤ ص ٥٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ص ٦٤٩ - ص ٦٥٠ .

أما إذا صدر التصرف من مالك ممنوع من التصرف ، فإن هذا التصرف لا يصلح سبباً صحيحاً لأنه صادر من مالك ولأنه تصرف باطل (م ٨٢٤ ملق - وقارن حسن كيرة ص ١٢٧) . وإذا صدر التصرف من وارث وكانت التركة مستغرقة ، اعتبر التصرف صادراً من مالك فلا يصلح سبباً صحيحاً ، لأن الوارث يملك أعيان التركة فور موت المورث ولو كانت التركة مستغرقة (حسن كيرة ص ١٢٨ - عكس ذلك نقض ملق ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

بنائها الحق العيني ، ولكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليها ليكسب الحق بالتقدم المكسب القصير (١) .

وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون « سببا صحيحا » ، أى تصرفا ناقلًا للملكية على النحو سالف الذكر ، فإن سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا أهمية له . فقد يكون هذا المتصرف هو أيضا حسن النية وعنده سبب صحيح لم يتقل إليه الملكية ، وقد لا يكون عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك العقار الذى يتصرف فيه ، وقد يكون حائزا عرضيا كمتأجر وقد باع العقار المؤجر إلى الحائز ، وقد يكون حائزا سبب النية اغتصب العقار وباعه إلى الحائز . فيستوى إذن أن يكون عند المتصرف سند أو ليس عنده سند ، ويستوى أن يكون حسن النية أو سبب النية ، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصيلا (٢) . والمهم فيه أن يكون غير مالك للعقار non dominus ، أو غير صاحب الحق الذى تصرف فيه للحائز (٣) .

٤٢١ - ما يعتبر سببا صحيحا ، وتطبيقا لما قدمناه ، يعتبر على الأخص

سببا صحيحا :

١ - عقد البيع : وهو السبب الصحيح الأكثر شيوعا فى الحياة العملية . فعقد البيع الصادر من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك يتعاقد بهذه الصفة ، أى بيع ملك الغير ، يعتبر سببا صحيحا ، إذ البيع عقد ناقل للملكية وقد صدر

(١) ومن أجل ذلك عرفت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من (آئنا فقرة ٤١٧) السبب الصحيح بأنه « سند يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً للاق الذى يراد كسبه بالتقدم . ولو كان نص تشريعى مهمته أن يتولى التعريفات الفقهية ، لأضاف النص سالف الذكر إلى ما تقدم : وكان يتقل الملكية أو الحق لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق » .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٦ ص ٥٠٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٦٥٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧

٢٩٢ ص ١٢٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - وحتى لو كان مالكا وتصرف فى العقار ، ثم فسخت ملكيته لتحقيق شرط فسخ أو بسبب دعوى فسخ أو دعوى إبطال أو غير ذلك ، فزالت ملكيته بأثر رجعى ، فإن التصرف الصادر منه فى العقار يعتبر صادرا من غير مالك ، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا .

من غير مالك فتوافرت فيه شروط السبب الصحيح . فشتري العقار من غير المالك ، إذا كان حسن النية ، يملك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت حيازته خمس سنوات .

٢ - عقد المقيضة : فلو قايض شخص شخصاً آخر منزلاً بأرض ، وكان لا يملك المنزل الذي قايض به ، وكان المقيض الآخر يعتقد بحسن نية أن المقيض الأول يملك المنزل ، فإن المقيض الآخر يتوافر عنده على هذا الوجه السبب الصحيح وهو عقد المقيضة لأنه تصرف قانوني ناقل للملكية ، وحسن النية ، فيستطيع أن يملك المنزل بالتقادم المكسب القصير (١) .

٣ - عقد الهبة : وهو تصرف قانوني ناقل للملكية ، فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو وهب شخص عقاراً لآخر وكان لا يملك هذا العقار ، ولكن الموهوب له كان يعتقد أن الواهب يملك العقار الموهوب ، فإن الموهوب له في هذه الحالة يتوافر عنده السبب الصحيح وهو عقد الهبة مع حسن النية ، فيستطيع أن يملك العقار الموهوب بالتقادم المكسب القصير .

٤ - الوصية بعقار معين بالذات : والوصية وإن كانت تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ولا تنتج أثرها إلا عند الموصي ، إلا أنها مع ذلك تعتبر كالبيع تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ، ومن ثم تصلح أن تكون سبباً صحيحاً إذا صدرت من غير مالك . فلو أن الموصي كان لا يملك العقار الذي أوصى به ، وكان الموصي له وقت موت الموصي يعتقد أن الموصي يملك العقار ، فإن الموصي له يكون قد توافر عنده ، إلى جانب السبب الصحيح وهو الوصية ، حسن النية ، فيستطيع أن يملك العقار الموصى به بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٥ - رسو مزاد العقار المحجوز عليه (adjudicatum sur saisie) وهو بمثابة بيع ، البائع فيه هو المدين والمشتري هو الراعي عليه المزاد ، فيكون تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ، ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن العقار كان غير مملوك للمدين ، ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين ، فقد توافر عند الراعي عليه المزاد السبب الصحيح وهو رسو المزاد ، وحسن

(١) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٦ ص ٩٥ .

(٢) وسرى فيما يل أن قسمة المورت ، باعتبارها وصية بأعيان مينة ، تصلح هي أيضاً أن تكون سبباً صحيحاً (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٢) .

النية ، وعلى ذلك يجوز أن يملك العقار الذى رسا مزاده عليه بالتقادم المكسب القصير (١) .

٦ - الوفاء بمقابل (dation en paiement) : وهو أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية كالبيع ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢) . فلو أن المدين وفى دينه بمقابل هو عقار ، وكان لا يملك هذا العقار ، وكان الدائن حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للمدين ، فإن الدائن يكون على هذا النحو قد توافر عنده السبب الصحيح وهو الوفاء بمقابل الصادر من غير مالك ، وحسن النية ، ومن ثم يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير .

٧ - تقديم الشريك عقارا حصة له فى الشركة (apport en société) : وهذا أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية ، إذ أن الشريك ينقل بهذا التصرف ملكية العقار للشركة . فلو أن الشريك كان لا يملك العقار ، ومع ذلك قدمه حصة له فى الشركة ، فإن تقديم العقار على هذا النحو يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا كانت الشركة حسنة النية أى تعتقد أن العقار مملوك للشريك ، فإنها بذلك تكون قد توافر عندها السبب الصحيح وهو تقديم العقار حصة فى الشركة وحسن النية ، فستطيع أن تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٦٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢٢ ص ٢٤٥ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٢٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٥ - أما إذا كان الراسى عليه المزاوى النية ، فإنه لا يملك بالتقادم القصير (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٥٢٠) .

(٢) أما الوفاء فلا يعتبر سببا صحيحا ، إلا إذا كان ناقلا للملكية وهذا نادر (بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٧ - كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٥) .

(٣) وفى رأينا أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارا باعه غير مالك لمشتري حسن النية ، فأخذه شفيع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع ، فإن الشفيع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعتبارها سببا صحيحا وإلى حسن نية ، فيملك العقار بالتقادم المكسب القصير . ونحتاج للرأى الذى نقول به بأمرين : (أولا) أن الشفعة واقعة مركبة ، ويدخل فى تركيبها إرادة الشفيع فى أن يأخذ بالشفعة ، وهذه الإرادة هى تصرف قانونى ناقل للملكية . (ثانيا) أن الشفيع يحل محل المشتري فى جميع حقوقه ، ومن حق المشتري حسن النية الذى اشترى من غير مالك أن يملك العقار المبيع بالتقادم المكسب القصير ، فكذلك الشفيع الذى حل محله يستطيع هو أيضا أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير - أنظر استئناف مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٢٨ - منصور مصطفى منصور - فقرة ١٧٩ ص ٤٢٠ - وقرب إسماعيل غانم ص ١٢٠ .

٤٢٢ - **مالا يعتبر سبباً صحيحاً** : ولما كان السبب الصحيح هو ، كما قلنا ، تصرف قانوني ناقل للملكية ، فلا يكون سبباً صحيحاً الوقائع المادية إذ هي ليست بتصرفات قانونية ، ولا التصرفات القانونية التي تقتصر على إنشاء التزامات شخصية ، ولا التصرفات القانونية التي لا تنقل الملكية ولكن تقتصر على الكشف عنها (١) . ومن ثم لا يعتبر ، بوجه خاص ، سبباً صحيحاً :

١ - الميراث في عقار معين بالذات : فهو وإن كان ينقل الملكية ، إلا أنه واقعة مادية هي موت المورث ، وليس تصرفاً قانونياً ، فلا يعتبر سبباً صحيحاً . ويد الوارث إنما هي استمرار ليد المورث ، فإن كان المورث يحوز عقاراً بسبب صحيح وحسن نية ، انتقلت حيازة العقار على هذا النحو إلى الوارث (٢) . ويكمل الوارث حيازة المورث فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، إذا ضمت مدة حيازة المورث إلى مدة حيازته فبلغت المدتان معاً خمس سنوات . ولكن ذلك لا يرجع إلى أن الميراث سبب صحيح ، فالسبب الصحيح وحسن النية كانا متوافرين عند المورث كما قلنا ، وانتقلا كما هما إلى الوارث . أما إذا كان المورث عنده سبب صحيح ولكنه لم يكن حسن النية ، أو كان حسن النية ولكن ليس عنده سبب صحيح ، أو لم يكن عنده لا السبب الصحيح ولا حسن النية ، فإن العقار تنتقل حيازته إلى الوارث ولكن لا يستطيع أن يملكه بالتقادم المكسب القصير ولو كان حسن النية اعتماداً على أن الميراث سبب صحيح (pro herede) . ولا يملك العقار في هذه الحالة إلا بالتقادم المكسب الطويل ، وله أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه (٣) .

(١) والمائلة في تضييق نطاق فكرة «السبب الصحيح» ، إلى هذا الحد أن السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية وليس مجرد عنصر من عناصر حسن النية - ولو كان السبب الصحيح عنصراً من عناصر حسن النية ، لكان أي سبب من شأنه أن يحمل الحائز يحوز العقار حيازة صحيحة بنية تملكه كافياً لأن يكون «سبباً صحيحاً» (كاربونييه ص ٢١٨) .

(٢) نقض ملق ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٩ ص ٣١٥ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٧ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

٢ - عقد الإيجار وعقد العارية وعقد الحراسة وعقد الوديعة وعقد الوكالة وغيرها من العقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية ولا تنشئ إلا التزامات شخصية : فهذه تصرفات قانونية لا تنقل الملكية ، ومن ثم لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً . فالمستأجر أو المستعير أو الحارس أو المودع عنده أو الوكيل ، بالنسبة إلى عقار تلقاه من غير مالك ، لا يستطيع أن يملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير حتى لو غير صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصلية ، لأنه أولاً لا يكون حسن النية ، ولأنه ثانياً لا يستطيع أن يستند إلى أي عقد من هذه العقود كسبب صحيح .

٣ - القسمة الاختيارية : فهي تصرف قانوني ولكنه غير ناقل للملكية إذ هو يقتصر على الكشف عنها ، ومن ثم لا تصلح القسمة الاختيارية أن تكون سبباً صحيحاً (١) . فإذا دخل في الأعيان المقسومة عقار ليس مملوكاً للمتقاسمين ووقع في نصيب أحدهم بالقسمة ، وكان هذا المتقاسم حسن النية ، فإنه مع ذلك لا يستطيع تملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير استناداً إلى عقد القسمة ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . ولكن إذا تضمنت القسمة معدلاً (soulte) ، بأن قدم أحد المتقاسمين عقاراً خاصاً به لتعديل القسمة ، ولم يكن ما لكا لهذا العقار ، فإن تقديمه إياه يعتبر تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية (٢) ، ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وعلى ذلك لو وقع هذا العقار في نصيب أحد المتقاسمين وهو حسن النية ، فإنه يستطيع أن يملكه بالتقادم المكسب القصير (٣) . كذلك تعتبر قسمة المورث سبباً صحيحاً ، لأنها تنقل ملكية أعيان معينة (وليس نصيباً شائعاً في التركة) من المورث إلى الوارث . فلو وقع في نصيب أحد الورثة عقار أدخله المورث في القسمة ولم يكن مملوكاً له ، وكان هذا الوارث حسن النية وقت موت المورث ، أمكنه

(١) وكذلك القسمة القضائية لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً ، لأنها هي أيضاً لا تنقل الملكية بل تكشف عنها ، كما سرى (أنظر مايل نفس الفقرة) عند الكلام في الحكم القضائي وفي أنه لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً .

(٢) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢٣ ص ٥٧١ - إسماعيل غانم ص ١٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٥ ص ٦٤١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٢ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٢ .

تملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى أن قسمة المورث تعتبر كالوصية سببا صحيحا (١) .

٤ - الصلح : وهو عقد كاشف عن الملك لا ناقل له ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارات متنازعا عليها بين شخصين وزعت بينهما صلحا ، وكان أحد هذه العقارات مملوكا لشخص ثالث ، فإن من أخذ هذا العقار صلحا لا يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . لكن إذا أعطى أحد المتصلحين عقارا خاصا به للمتصالح الآخر في مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها ، فإن الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا نافلا للملكية . فإذا كان المتصالح الذي أعطى العقار لا يملكه ، استطاع المتصالح الآخر إذا كان حسن النية أن يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، فهو هنا تصرف قانوني ناقل للملكية كما قدمنا ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢) .

٥ - الحكم القضائي : وهو كاشف عن الحق لا منشئ له ولا ناقل ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فإذا رفع شخص دعوى استحقاق يطالب فيها بعقار ، وحكم له ، فإن هذا الحكم لا يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا ثبت فيما بعد أن هذا العقار غير مملوك له ولا للمدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، ولكنه مملوك لشخص ثالث ، لم يستطع المحكوم له في دعوى الاستحقاق حتى لو كان حسن النية أن يعتبر الحكم الذي صدر لمصلحته سببا صحيحا حتى يملك العقار ضد مالكة الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . ومن باب أولى إذا صدر الحكم في دعوى الاستحقاق لمصلحة المدعى عليه الحائز للعقار وقضى برفض دعوى الاستحقاق ، فإن المدعى عليه حتى لو كان حسن

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٤ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦١ - أنسيكلوبيدي والوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٦١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٣ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦٤ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٦ - ص ٩٧٧ - محمد علي مرقه ٢ فقرة ١٣٥ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٣٣ ص ٥٧١ - إسماعيل طام ص ١٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٥ ص ٦٤٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٢ .

النية لا يستطيع أن يعتبر الحكم الذي صدر لمصلحته سبباً صحيحاً ، وأن يستند إليه لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) . وكذلك لا يعتبر سبباً صحيحاً الحكم الصادر بالقسمة القضائية ، فهو لا يتقل الملكية بل يكشف عنها ، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغير في نصيب أحد المتقاسمين بموجب حكم القسمة ، لم يستطع هذا المتقاسم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سبباً صحيحاً لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) . وفي قسمة التصفية (licitation) ، إذا رسا المزاد بحكم قضائي على أحد المتقاسمين ، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة كاشفة لا ناقلة ومن ثم لا يعتبر سبباً صحيحاً (٣) . وهذا بخلاف ما إذا رسا المزاد على أجنبي ، فإن حكم رسو المزاد يعتبر بمثابة بيع ناقل للملكية ويصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وكذلك الحكم برسو مزاد العقار المحجوز عليه يعتبر بمثابة بيع يتقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد ، ومن ثم يعتبر سبباً صحيحاً ، وقد تقدم القول في ذلك (٤) .

٤٢٣ - فروض مختلفة في السبب الصحيح : ويبقى بعد ذلك أن نستعرض

فروضا مختلفة في السبب الصحيح ، لتبين ما إذا كان المتصرف القانوني الناقل للملكية يبقى على اعتباره سبباً صحيحاً في الفروض الآتية : (١) التصرف القانوني الباطل . (٢) التصرف القانوني القابل للإبطال . (٣) التصرف القانوني الملحق على شرط واقف أو على شرط فاسخ . (٤) التصرف القانوني الظني (putatif) . (٥) التصرف القانوني غير المسجل .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦٣ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٢ .

(٢) نقض ملئ ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٧ - نقض فرنسي ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - ويعتبر سبباً صحيحاً الحكم بالتصديق على اتفاق المتعاقدين الناقل للملكية *invenit convenu ou d'expédient* (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٣) .

٤٢٤ - التصرف القانوني الباطل : إذا كان التصرف القانوني الذي تلقى الحائز بموجبه حيازة العقار تصرفاً قانونياً باطلاً ، فإن هذا التصرف لا يكون له وجود قانوني ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً (١) . ويستوى في ذلك أن يكون التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع .

فإذا كان التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل ، كهبة عقار باطلة لعدم كتابتها في ورقة رسمية أو كوصية باطلة لعدم استيفائها الشكل الواجب قانوناً ، فإن كلا من الهبة والوصية لا يكون له وجود قانوني ، ولا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو وهب شخص لآخر عقاراً لا يملكه في ورقة غير رسمية ، فإن الهبة تكون باطلة ، ولا يستطيع الموهوب له ولو كان حسن النية أن يعتبرها سبباً صحيحاً ليمتلك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) . ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة الباطلة شكلاً ، فإنها تنقلب إلى هبة صحيحة ، ومن ثم تصلح أن تكون سبباً صحيحاً . وفي هذا الصدد تنص المادة ٤٨٩ مدني على أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته بخيارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يتردوا ما سلموه » . وقد قدمنا عند الكلام في الهبة أنه إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة باطلة في الشكل ، فإنه لا يجوز لهم أن يتردوا ما سلموه ، لا لأن التنفيذ وفاء للترام الطبيعي ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة نص عليها القانون في المادة ٤٨٩ مدني لهبة باطلة في الشكل ،

(١) وكالتصرف الباطل التصرف الصوري ، فلا يصلح سبباً صحيحاً: البيع الصوري لأن المشتري صورياً ليست عنده نية التملك (استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٤) . وانظر محمد كامل مرسي ٤ ص ١٧٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٣٥ ص ٥٧٤ - إسماعيل غانم ص ١٢١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ - حسن كيرة ص ١٢٥ .

(٢) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٧ ص ١٩٩ - أول يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٩ رقم ٣٨٦ ص ٩٥١ .

وهذه الإجازة صححت الهبة (١) . وعلى ذلك إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة العقار المملوك للغير تنفيذا اختياريا بأن سلموا العقار للموهوب له ، فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سببا صحيحا ، واستطاع الموهوب له الذى تسلم العقار إذا كان حسن النية أن يملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير .

وإذا كان التصرف القانونى باطلا من ناحية الموضوع ، لم يكن له وجود قانونى أيضا ، فلا يصلح لأن يكون سببا صحيحا (٢) ، وعلى ذلك لا يكون البيع الباطل لعدم مشروعية السبب أو لصدوره من عديم التمييز سببا صحيحا يجوز التملك بالتقادم المكسب القصير . وإذا اشترى قاض أو محام عقارا متنازعا فيه ، وكان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر أعماله فى دائرتها ، كان الشراء باطلا (م ٤٧١ مدنى) فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فاذا كان العقار المتنازع فيه غير مملوك للبائع ، فإن المشتري ولو كان حسن النية لا يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له على هذا النحو ، ولا يصح له أن يعتبره سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) الوسيط ه فقرة ٤٦ - أما فى التقنين المدنى الفرنسى ، فتقصر المادة ١٣٤٠ من إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل وإجازة هذه الهبة بوجه عام ، على ورثة الواهب دون الواهب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طيبى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب ، ومن لا يصحح التنفيذ الاختيارى بطلان الهبة ، فلا تصلح الهبة الباطلة فى الشكل لأن تكون سببا صحيحا حتى بعد أن ينفذها الورثة تنفيذا اختياريا (أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٢ هامش ٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) . ويذهب بعض آخر إلى أن الهبة الباطلة فى الشكل تصبح صحيحة بتنفيذها تنفيذا اختياريا من جانب الورثة ، ومن ثم تصلح بعد هذا التنفيذ الاختيارى لأن تكون سببا صحيحا (ترولون ١ فقرة ٩٠١ - جيوار ٢ فقرة ٥٥٧ - لوران ٢٢ فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣ - بودرى وتيسيه فقرة ١٦٩) .

(٢) لأنه لم يكن لينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٨ ص ٥١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن صدور الحكم ببطالان قرار إنهاء الوقف يقتضى اعتبار الإنهاء عديم الأثر ، ومن ثم فإن صفة الوقف لم تزل عنه وكانت لا صفة به وقت صدور التصرف له بالبيع قبل الحكم بذلك البطلان ، وبالتالي يكون هذا التصرف قد وقع بطلا بطلانا مطلقا

٢٥٠- التصرف القانوني القابل للإبطال : أما إذا كان التصرف قابلاً

للإبطال ، فإنه يكون له وجود قانوني ، ومن ثم يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (١) .

فإذا باع قاصر عقاراً مملوكاً للغير ، كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر . وجاز اعتباره سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية أي يعتقد أن العقار مملوك للقاصر (٢) ، فإنه يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له من القاصر بالرغم من أنه يبيع قابل للإبطال ، وأن يعتبره سبباً صحيحاً يجوز له أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القاصر (٣) .

وإذا باع شخص عقاراً مملوكاً للغير ، وكان البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فكان قابلاً للإبطال لهذا السبب أيضاً ، فإنه يصلح في هذه الحالة أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية فإنه يستطيع أن يستند

=ولا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً في التمسك بالتقدم الحمسي (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤) . وانظر استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢١٣ (مقايضة ناقلة لدم بيان الأعيان المقايض عليها بياناً كافياً) - ١٥ بونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣١٨ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٣ .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣ - مازو فقرة ١٥٠٣ ص ١٢٠٥ نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٦ سيريه ١٩٥٦ - ١ - ٧٩٩ - والمقصود هنا أن يكون التصرف القانوني قابلاً للإبطال لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، وذلك لأن السبب الصحيح هو تصرف قانوني صادر من غير مالك ، فيكون دائماً قابلاً للإبطال ، كبيع منك الغير وهبة منك الغير . ولا شك في أن التصرف القانوني الصادر من غير مالك ، والذي يكون قابلاً للإبطال لهذا السبب ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، بل هو عين السبب الصحيح . فالمطلوب بحثه هنا إذن هو ما إذا كان التصرف القانوني القابل للإبطال ، لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وقد رأينا أنه يصلح لأن له وجوداً قانونياً ، بخلاف التصرف القانوني الباطل الذي لا وجود له .

(٢) حتى لو علم أن الثبائع قاصر وأن البيع قابل للإبطال لهذا السبب ، فحسن نية المشتري لا يتأثر بهذا العلم بالنسبة إلى التقدم المكسب القاصر ، مادام المشتري يعتقد أن القاصر يملك العقار المبيع .

(٣) استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - بني سويف ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣١٩ ص ٥٢٤ - استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠

إلى هذا البيع القابل للإبطال وأن يعتبره سيبا صحيحا ، فيجوز له أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير (١) .
ونرى من ذلك أن التصرف القانوني القابل للإبطال ، النقص في الأهلية أو لعب في الرضاء ، يصلح أن يكون سيبا صحيحا في التقدم المكسب القصير .
ومن باب أولى يصلح هذا التصرف لأن يكون سيبا صحيحا لو أجازة القاصر أو أجازة من تقرر الإبطال لمصلحته : فان التصرف القانوني ينقلب بهذه الإجازة تصرفا صحيحا ، ويصلح بداهة لأن يكون سيبا صحيحا . أما إذا أبطل من تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القانوني ، فان هذا التصرف يصبح لا وجود له ، فلا يعود صالحا لأن يكون سيبا صحيحا (٢) .

٤٢٦ - التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط

فاسح : أما إذا كان التصرف القانوني الناقل للملكية معلقاً على شرط واقف ، فانه لا ينفذ إلا من وقت تحقق الشرط ، وعلى ذلك لا يصلح أن يكون سيباً

(١) نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٤ - ٤ يونيو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٩ ص ٢٠٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ .

(٢) على أنه في هذا القرض لا يعود هناك محل لليبب الصحيح ، إذ أن الحائز يرد العقار إلى المتصرف بعد الحكم بإبطال التصرف ، فلا ينفذ له المبال لأن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصير . وقد يستعمل المالك الحقيقي دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانوني ويتحقق ذلك في القرض الآتي : يستأجر شخص عقاراً من مالكه ، ثم يبيعه إلى مشتر حسن النية بمقد قابل للإبطال . فيجوز للمشتري في هذه الحالة ، على ما قلنا ، أن يستند إلى البيع القابل للإبطال كسبب صحيح يحجر له تملك العقار ضد المؤجر بالتقدم المكسب القصير . وإذا لم يبادر المستأجر الذي باع العقار إلى طلب إبطال البيع واسترداد العقار من المشتري ، جاز للمؤجر وهو دائن للمستأجر ، أن يطلب باسم مدينه إبطال عقد البيع وإرجاع العقار للمستأجر ، ثم استرداده منه بدعوى الإيجار (بودري وتيسيه فقرة ٦٧١ ص ٥١٤) . أما إذا بق المشتري حائزاً للعقار خمس سنوات ، فقد ملكه بالتقدم المكسب القصير ، ولكن تبقى دعوى الإبطال ، إذا لم تكن سقطت بالتقدم ، مفتوحة (أنظر آنفاً ص ١٠٨٣ هامش ١٢) وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل دعوى مدينه المستأجر في إبطال البيع ، فيبطل بأثر رجعي ، ويسترد المستأجر العقار من الحائز ، ثم يسترده المؤجر من المستأجر بدعوى الإيجار .

صحيحاً إلا من هذا الوقت (١) . ولا يقال إن تحقق الشرط أثر رجعياً فيعتبر التصرف نافذاً منذ البداية لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، فإن الأثر الرجعي لا يعتد به بالنسبة إلى المالك الحقيقي . فلو أن شخصاً باع تحت شرط واقف عقاراً غير مملوك له لمشتري حسن النية ، فإن هذا البيع لا يعتبر سبباً صحيحاً يميز للمشتري تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير إلا من وقت تحقق الشرط الواقف . وإذا لم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً . وقد يضع المشتري في الفرض المتقدم يده على العقار قبل تحقق الشرط الواقف وفي هذه الحالة لا يعقد بمدة الحيازة التي انقضت قبل تحقق الشرط ، ولا يبدأ سريان مدة الخمس السنوات إلا من وقت تحقق الشرط . ذلك بأن الحائز ، وهو يضع يده على العقار قبل تحقق الشرط ، كان يعلم أنه يضع يده لا على وجه بات ، إذ هو معرض لأن يتخلف الشرط الواقف فينعدم البيع ويعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري العقار إلى البائع (٢) .

وإذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط فاسخ ، فإنه يكون نافذاً منذ البداية ، وعلى ذلك يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً من أول الأمر (٣) . فإذا باع شخص عقاراً غير مملوك له لمشتري حسن النية ، وكان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، صلح لأن يكون سبباً صحيحاً منذ انعقاده ، ويستطيع المشتري استناداً إلى هذا البيع تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح تملك المشتري للعقار باتاً . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يزول ويعتبر كأن لم يكن ، فينعدم السبب

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ - جيوار ٢ فقرة ٥٦٢ - هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ هاش ١٢ - بودري وتيسيه فقرة ٦٧٢ ص ٥١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ هاش ١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٣ - مازو فقرة ١٥٠٦ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٧٢ .

(٣) نقض ملق ١٦ يونيو سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٢١ - استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ م ٩ ص ٢٩٧ .

الصحيح ، ويجب على المشتري أن يرد العقار للمالك الحقيقي إذا استرده هذا بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٢٧ - التصرف القانوني الظني : التصرف القانوني الظني (titre

(putatif)^(٢) هو تصرف لا وجود له في الحقيقة ، ولكنه متوهم الوجود . فيظن الحائز للعقار أن العقار قد انتقل إليه بتصرف قانوني ناقل للملكية ، ولكن ظنه هذا مجرد وهم ، إذ أن هذا التصرف القانوني لا يوجد في الواقع ، ولا وجود له إلا في مخيلته ، ومن ثم لا يمكن أن يكون التصرف الظني سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير^(٣) . مثل ذلك وصية بعقار مملوك لغير الموصي ، فيتسلم الموصي له العقار عند موت الموصي وهو حسن النية أي يعتقد أن العقار مملوك للموصي . ويتبين فيما بعد أن الوصية التي تسلم الموصي له العقار بموجبها قد رجع عنها الموصي قبل موته ، فزالت ولم يعد لها وجود . فالوصية تصرف قانوني ناقل للملكية ، ولكنه هنا تصرف ظني لا وجود له في الواقع ، فلا يصح اعتباره سبباً صحيحاً^(٤) ، ومن ثم لا يستطيع الموصي له أن يستند إلى هذه الوصية كسبب صحيح لتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير .

ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتري حسن النية ، ويعين في عقد البيع هذه الأراضى . ثم يضع المشتري يده عليها ، ولكن يدخل

(١) استئناف مخطوط ٢٥ فبراير سنة ٣٩٢٦ م ٤٨ ص ١٦١ - جوار فقرة ٥٦٣ - هك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ - بودري وتيسيه فقرة ٦٧٢ - فقرة ٦٧٢ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٣ .

(٢) ولفظ putatif مشتق من اللفظ اللاتيني putare ومعناه يحسب أو يعتقد (penser, croire) (٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ هامش ١٩ - بودري وتيسيه فقرة ٦٨٨ - فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٤ - مازو فقرة ١٥٠٥ ص ١٢٠٧ - ص ١٢٠٨ .

(٤) لأنه كان لا ينتقل الملكية لو أنه صدر من المالك ثم رجع هذا عن الوصية، ولأن التصرف الظني كالتصرف الباطل وكالتصرف المصوري ، كل منها لا وجود له فلا يصلح أيها لأن يكون سبباً صحيحاً (بودري وتيسيه فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ - كولان كاييتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٨) .

ضمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد المشتري بحسن نية أن عقد البيع قد شملها . فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظني لا وجود له إلا في غيلة المشتري . ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظني وأن يعتبره سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض التي لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) .

ومثل ذلك أخيراً أن يفوض شخص وكيله في شراء أرض : ثم يضع يد على أرض يعتقد بحسن نية أنها هي الأرض التي اشتراها له الوكيل ولا يكون الوكيل قد اشتراها . فعقد الشراء الذي توهمه الموكل يكون في هذه الحالة عقداً ظنياً لا يستطيع أن يستند إليه الموكل معتبراً إياه سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٤٢٨ - التصرف القانوني غير المسجل : ونفرض هنا أن شخصاً باع

متاراً لا يملكه لمشتري حسن النية : وقد وضع المشتري يده على العقار دون أن يسجل عقد البيع : فهل يصلح عقد البيع غير المسجل لأن يكون سبباً صحيحاً لامتلاك المشتري العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ؟ . في عهد التقنين المدني السابق ، وقبل قانون التسجيل : حيث كان التصرف القانوني غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا يشترط

(١) نقص مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٨ ص ٧٠٣ - استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ - ١٨ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٧ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٣٩٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٩ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٤ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٠ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١١٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ١٦ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦٦ - بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٥ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٨ ص ٥٢٩ - كولان وكايتان بادي لامورافدير

١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٧ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣١٠ .

التسجيل لا لتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، كان الرأي المجمع عليه هو أنه لا يشترط التسجيل ليكون التصرف القانوني الناقل للملكية سنياً صحيحاً في التقادم المكسب القصير (١) . ولكن كان يجب ثبوت تاريخ التصرف القانوني للاحتجاج به على المالك الحقيقي لأنه يعتبر من الغير من ناحية ثبوت التاريخ (٢) . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا ابتداء من التاريخ الثابت . ثم صدر قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري في عهد التتبعين . انتهى السابق ، فأصبح التصرف القانوني غير المسجل لا ينقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين . فاختلف الفقه والقضاء فيما إذا كان يجب تسجيل التصرف القانوني الناقل للملكية حتى يصلح لأن يكون سنياً صحيحاً . فذهب رأي إلى وجوب التسجيل (٣) ، وذهب رأي آخر إلى عدم

(١) الاسكندرية الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٧٨ - شوف ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٠ ص ١٢٢ - بورسيد أول أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ - استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٣٠ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٨ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥١ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٠٩ - ٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٩١ .

(٢) استئناف وطني ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤ - استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢١ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٠ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٢ .

(٣) جد السلام ذفى في السبب الصحيح في التقادم الخمس في المحاماة ٦ ص ٦٠٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٥ - محمد علي عرقة ٢ فقرة ١٢٧ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٢ ص ١٠٣ - استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٢٤٤ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٦ ص ٩٥ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٣ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

وجوبه وإلى أن التصرف القانوني غير المسجل يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (١) وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، ولم تشترط التسجيل في السبب الصحيح (٢) .

وقد راعى التقنين المدني الجديد قيام هذا الخلاف ، فحسمه بنص صريح أخذ فيه بالرأي الأول واشترط في التصرف القانوني أن يكون مسجلاً حتى يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، إذ قال في الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدني كما رأينا (٣) : « والسبب الصحيح ... يجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « ويجب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً خلافاً لما جرى عليه القضاء في مصر ، وأثر المشروع هذا الحل حتى يمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقاري » (٤) . فأصبحت المسألة ، بعد نفاذ التقنين المدني الجديد ، لا يمكن أن تكون محلاً للخلاف . ولا شك . أمام صراحة النص ، في أن التصرف القانوني غير المسجل لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (٥) . فإذا وضع المشتري لعقار من غير مالك يده على العقار وهو حسن النية ، ولكن لم يسجل عقد البيع ، فإنه لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير إلا إذا سجل العقد (٦) . ومن وقت تسجيله ، إذا كان حائزاً للعقار ،

(١) حامد فهمي في المحاماة ٧ ص ٩٧ - صليب سامي في المحاماة ٨ ص ٦٩١ - استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٥) ويلاحظ أن عقد الرهن الحيازي ينشئ الحق فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى أن يقيد ، وعلى ذلك لا يشترط فيه ، حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، أن يكون مقيداً ، كما كان شأن البيع قبل قانون التسجيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ هامش ٢) .

(٦) ويقول الأستاذ عبد المنعم البدر أوى : « ولا شك أنه سيترتب على هذا أن يضيق نطاق التقادم الخمسى إلى حد كبير ، نظراً لأن التسجيل لا يتم إلا بعد الثبوت من حق طالب الشهر = (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٣ ص ٥٧٠) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : إسماعيل غانم ص ١١٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ - حسن كبره ص ١٢٦ . . .

يبدأ سريان مدة الخمس السنوات اللازمة للتملك بالتقادم المكسب القصير (١) .
وغنى عن البيان أنه ما دام بشرط تسجيل التصرف القانوني ليكون سبباً
صحيحاً ، لم يعد هناك محل لاشتراط ثبوت التاريخ لجواز الاحتجاج
بالتصرف على المالك الحقيقي ، فان التصرف المسجل يكون دائماً ثابت
التاريخ .

٤٢٩ - السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية ويقع

عبء إثباته على الحائز : ولما كان السبب الصحيح هنا شرطاً مستقلاً عن
شرط حسن النية (٢) وليس عنصراً من عناصر حسن النية ، فانه لا يفترض
توافره كما يفترض توافر حسن النية فيما سئى . لذلك كان من الواجب إثبات
قيام السبب الصحيح على التحديد الذى فصلناه فيما تقدم ، ويقع عبء
الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم (٣) .

ويثبت الحائز السبب الصحيح ، وهو تصرف قانوني كما قلنا ، طبقاً
للقواعد العامة في الإثبات (٤) . فاذا كان السبب الصحيح بيعاً مثلاً ،
وجب على الحائز أن يثبت هذا البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت
قيمة العقار على عشرة جنهات (٥) . وحتى لو كانت قيمة العقار لا تزيد
على عشرة جنهات ، وهذا فرض شديد الندرة ، فان مقتضى أن يكون

(١) والرأى الغالب في فرنسا ، حيث التسجيل غير ضرورى لانتقال الملكية
إلا بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في مصر قبل صدر قانون التسجيل ، أن السبب الصحيح
لا يشترط تسجيله (بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٤ - فقرة ٦٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣
فقرة ٧٠٧) . ويرى الفقه في فرنسا أن هذا حل يؤسف له ، وأنه كان الأولى اشتراط تسجيل
السبب الصحيح (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧ من ٧١٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه
١ فقرة ٢١٦٥) .

(٢) استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٧ .

(٥) استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٨ - مازو فقرة ١٥٠٥

ص ١٢٠٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٤ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣٠٩ - عبد المنعم
البدراوى فقرة ٥٣٦ - اسماعيل غانم ص ١٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢ - منصور
مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥ .

السبب الصحيح مسجلاً كما سبق القول (١) أن يكون البيع مكتوباً حتى يمكن تسجيله (٢) .

§ ٢ - حسن النية

٤٣٠ - **تحديد معنى حسن النية :** ويشترط أيضاً ، إلى جانب السبب الصحيح ، في التملك بالتقادم المكسب القصير ، توافر حسن النية عند الحائز . وفي ذلك تقول المادة ١/٩٦٩ مدني كما رأينا (٣) : « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ... » . ومعنى حسن النية هنا ، على وجه التحديد ، هو كما قدمنا أن يكون الحائز قد اعتقد ، وقت تلقيه الملكية أو الحق ، أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه . فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط يقع فيه ، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق (٤) . ويجب أن يكون حسن النية كاملاً ، فأى شك يقع في نفس

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٢) لذلك يجب على الحائز أن يثبت ، ليس فحسب وجود السبب الصحيح ، بل أيضاً أن هذا السبب الصحيح مسجل طبقاً للقانون (م ٣/٩٦٩ مدني) . ولا يفتى عن إثبات السبب الصحيح ثبوت حسن النية ، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الشرط الآخر كما قدمنا ، وعلى ذلك يجب على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها ، إلى جانب توافر شرط حسن النية عند الحائز ، طبيعة السبب الصحيح ونوعه وأنه تصرف قانوني ناقل للملكية مسنوف للشرط التي يتطلبها القانون ، وذلك حتى تباشر محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع في هذه المسائل القانونية (بودري وتيسيه فقرة ٦٧٧ مكررة) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩) . وينظر ، في الشخص المعنوي ، إلى نية من يمثله (م ٢ / ٩٦٥ مدني) . وتوافر حسن النية من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ، ولكن تحديد حسن النية على الوجه الذي قدمناه من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع مطلق السلطة في استخلاص النية من نصوص المقد ومن الظروف الملابسة لتحريره ، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقتها للتعريف القانوني لسوء النية . فجرد علم المشتري بعدم نقل تكليف الألمان المبيعة بمقتضى عقد مسجل إلى اسم البائع لبائعه لا يكفي في الدلالة

الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو المالك أو هو صاحب الحق يتنى حسن النية (١) .

ويستوى أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (٢) . فيصح أن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد فسخت أو أبطلت والحائز يجهل ذلك، ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكا للعقار ، وهذا غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سوء النية ، وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر ، وهذا أيضاً غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص

على سوء النية ، لأنه وحده لا يدل على أن المشتري كان يعلم أنه يشتري من غير مالك ، إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره (نقض ملق ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣ ص ٢) . وقضت أيضاً بأن من القصور أن يقتصر الحكم في إثبات سوء نية المشتري على القول إن منازعه لم يتم في الملكية الدليل المنع على سوء نيته ، دون أن يتحدث عن الأحكام والمستندات التي قدسها لإثبات ذلك ، فإن هذا القول غاية في الإيهام ، وليس فيه ما يدل على أن المحكمة قد فحصت المستندات التي قدمت لها وقدرتها (نقض ملق ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت كذلك بأن حسن النية يفترض دائماً ما لم يتم الدليل على العكس ، ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمس بثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه ، وإذا كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتمهده بتقديم سند الملكية للمشتريين ليس من شأن أيهما أن يؤدي عقلاً إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس ثبوته سوء النية على ذلك يكون ميباً بالقصور (نقض ملق ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٦ ص ٦١٤) . وانظر نقض ملق ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٦ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٤ - محمد حل عرفه ٢ فقرة ١٣٨ ص ٢٤٨ - عبد المنعم البدر لوى فقرة ٥٢٨ ص ٥٦٤ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣٣ .

(١) نقض ملق ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩ - استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ - أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٩ - مارتى وريينو فقرة ٢٠١ - كاربونيه ص ٢٠٩ .

(٢) أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ هامش ٢٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ - دي باج ٧ فقرة ١٢٩٦ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١٣ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣١ .

سند ملكيته للعقار هبة في صورة بيع وهو سند عرفي : وقد ذكر فيه أن البائع قد وهب الثمن للمشتري ، فيعتقد الحائز أن الهبة على هذا الوجه صحيحة دون ورقة رسمية ، ثم يتبين بعد أن يشتري العقار من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا هبة مستترة فلا بد من كتابتها في ورقة رسمية ، وهذا غلط في القانون . ومواء كان الغلط في الواقع أوفى القانون ، فقاضي الموضوع هو الذي يقدر دون معقب عليه توافر حسن النية نتيجة لهذا الغلط ، وما إذا كان الغلط مغتفر (excusable) فيستقيم مع حسن النية ، أو غير مغتفر (inexcusable) فينتفى حسن النية (١)

٤٣١ - علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينتفى من النية : وعلم الحائز بالعيوب التي تشوب سد من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأي وجه من الوجوه ، ينتفى عند الحائز حسن النية الواجب توافره فيه (٢) .

وعلى ذلك إذا تعامل الحائز مع شخص سنده عقد هبة مثلاً باطلة في الشكل ، وكان يعلم بطلان الهبة لهذا السبب ، فانه يكون عالماً بأنه تعامل مع غير مالك ، فينتفى حسن نيته . وإذا تعامل مع مالك سنده عقد بيع صدر له من قاصر ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند من تصرف له في العقار قابل للإبطال وأن القاصر إذا أبطل هذا السند أصبح المتصرف غير مالك بأثر رجعي ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته . وإذا تعامل مع مشتر للعقار لم يوف ثمنه للبائع ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف قابل للفسخ لعدم دفع الثمن وأن هذا السند إذا فسخ لهذا السبب ظهر أن المتصرف

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٠٠ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م

٢٩ ص ١٢٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٢ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ :

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٤٠٩ - فقرة ٤١٠ - جوار فقرة ٥٧٢ - ترولون فقرة ٩١٥ -

أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودري ونيسييه فقرة ٦٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٧١٠ - محبد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ الوز

١٩٠٦ - ١ - ٣٥١ - ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ - ١ - ١٧٢ .

غير مالك ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل هنا أيضاً مع شخص محتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته كذلك (١).

وعلى ذلك أيضاً إذا تعامل الحائر مع مالك للعقار تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، وكان يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف معرض للزوال بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص محتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته .

٤٣٢- علم الحائر بصوب السبب الصحيح لا ينفى حسن النية :
وهناك عيب يشوب السبب الصحيح دائماً ، ومن المحتم أن يشوبه ، وهو أن يكون هذا السبب الصحيح صادراً من غير مالك ، كما سبق القول . فهذا العيب وحده هو الذى يجب أن يجهله الحائر ، لأن حسن النية هو كما قلنا الجهل بأن السبب الصحيح صادر من غير مالك .

أما العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح ، فنها ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سبباً صحيحاً ، كالتصرف الباطل والتصرف الظنى والتصرف الصورى . وهذه مسألة ترجع إلى السبب الصحيح لا إلى حسن النية ، وسواء علم الحائر بأن التصرف باطل أو ظنى أو لم يعلم ، فان السبب الصحيح نفسه غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان الحائر حسن النية أو سيئها ، ففى الحالتين لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير لانعدام السبب الصحيح .

بقيت العيوب التى تشوب التصرف القانونى ولا يكون من شأنها أن تجعله غير موجود ، وذلك كأن يكون التصرف قابلاً للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلاً للفسخ أو معلقاً على شرط فاسخ أو شرط واقف . فهذه العيوب لا تمنع التصرف من أن يكون سبباً صحيحاً ، وعلم الحائر بها لا ينفى حسن النية (٢) . وعلى ذلك إذا اشترى الحائر من غير

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٩ ص ٥٢٠ - بلانيول وريير- ويكار ٣ فقرة ٧١٠ -

نقص فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ مبريه ٨٨ - ١ - ٤٧٣ .

(٢) لأن حسن النية فى التقادم المكسب القصير هو كما قلنا ، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بميب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير مالك -

المالك عقاراً ، وكان البائع قاصراً أو كان البيع مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، فإن السبب الصحيح هنا يكون قابلاً للإبطال . وعلم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للإبطال ، لنقص في الأهلية أو لعب في الرضاء ، لا ينفي كما قدمنا حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ^(١) . ولكن لما كان التصرف قابلاً للإبطال فإن من تقرر الإبطال لمصلحة المستفيد يستطيع أن يبطل التصرف إذا كانت دعوى الإبطال لم تسقط بالتقادم . ويستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى مدينه وهو من تقرر الإبطال لمصلحته وتصرف في العقار للحائز ، فيطلب باسمه إبطال التصرف ، فيعود العقار إلى المتصرف ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق ^(٢) . وعلى ذلك أيضاً إذا اشترى الحائز العقار من غير مالكة ، وقسط عليه الثمن سنوات عدة ، واشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم توف الأقساط في مواعييدها ، فإن السبب الصحيح هنا

— أما وقد جهل الحائز هذا العيب فهو حسن النية، سواء علم بالعيوب الأخرى أو لم يعلم (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٧ هامش ٢٤ — بودرى وتيسيه فقرة ٦٨١ ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١١ ص ٧١٨ — بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٨ — محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٥) . وهناك رأى في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن علم الحائز بأى عيب في السبب الصحيح يجعله سيئ النية (لوران ٢٢ فقرة ٤٠٦ وما بعدها) . والنتيجة العملية لكل من الرأيين سواء . فإذا قلنا بأن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ مثلاً يجعله سيئ النية ، ترتب على ذلك أن الحائز لا يملك العقار بالتقادم المكسب القصير لعدم توافر حسن النية ، فيستطيع المالك الحقيقي أن يسترد منه العقار بدعوى الاستحقاق . وإذا قلنا أن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ لا يجعله سيئ النية ، ترتب على ذلك أن الحائز يملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، ولكن الذى تصرف الحائز يستطيع أن يفسخ التصرف ، ويستطيع دائته وهو المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى الفسخ باسم مدينه فيفسخ التصرف ، فيعود العقار إلى من تصرف الحائز ، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق (أوبرى ورو ، فقرة ٢١٨ ص ٥٢٥ هامش ٤٧ — وانظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ — وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٨ — نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١٠-١-١٧٢-١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠-١-١٧٢-١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧-١-١٩ .

(٢) انظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ — وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

يكون قابلاً للفسخ بمجرد التأخر عن دفع الأقساط . وعلم الحائز بذلك لا ينفي حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . فإذا ما كسبه بالتقادم ، يبقى أنه إذا كانت هناك أقساط من الثمن لا تزال في ذمته ، ولم يوفها في مواعيدها ، فإن المالك الحقيقي ، وهو دائن للبائع ، يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه ويطلب فسخ البيع . فإذا ما فسخ ، ورد العقار إلى البائع ، استطاع المالك الحقيقي أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وعلى ذلك أخيراً ، إذا اشترى الحائز عقاراً من غير مالكة ، وكان البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يكون مع ذلك سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بتعليق البيع على الشرط لا ينفي حسن نيته . فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ، فإذا ما كسبه بالتقادم بعد تحقق الشرط الواقف أو كسبه بالتقادم ثم تخلف الشرط الفاسخ ، فإن ملكية العقار تخلص بآفة للحائز . أما إذا تخلف الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويعود العقار إلى بائعه ، ثم يسترده المالك الحقيقي من البائع بدعوى الاستحقاق .

٤٣٣ - الوقت الذي يجب أنه يتوافر فيه حسن النية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مدني كما رأينا (١) على ما يأتي : « ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق » . فحسن النية ، على التحديد الذي قدمناه ، يجب أن يتوافر عند الحائز في الوقت الذي كان فيه يتلقى الملكية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق (٢) . فإذا اشترى الحائز العقار من غير مالك ، فحتى يمكنه أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير يجب أن يكون قد اعتمد بحسن نية وقت تسجيل عقد البيع ، وهو الوقت الذي يتلقى فيه ملكية العقار ، أنه اشترى من مالك وأن الملكية قد انتقلت إليه على

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٢) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في ذلك (استئناف مخطوط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٥٠٢ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ .

هذا النحو بالتسجيل (١) . وهذا يكفي ، فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك طوال السنين الخمس اللازمة للتملك بالتقادم القصير . فلو أنه علم ، ولو بعد انقضاء مدة قصيرة من تسجيل البيع ، أن البائع غير مالك ، لما أثر ذلك في توافر شرط حسن النية فيه (٢) (mala fides superveniens impedit usucapionem) .

وأكثر من ذلك ، لو أنه كان حسن النية على النحو الذي قدمناه وقت تسجيل البيع ، وقبل أن يتسلم العقار المبيع علم أن البائع غير مالك ، فبدأت حيازته للعقار وهو على هذا العلم ، لعد شرط حسن النية مع ذلك متوافراً عنده (٣) . وتطبيقاً لما قدمناه ، لو أن شخصاً أوصى بعقار غير مملوك له لشخص آخر ، فحسن النية عند الموصى له يجب أن يتوافر وقت موت الموصى

(١) ولو كان البيع مطلقاً على شرط واقف ، فإن حسن النية يجب توافره عند تسجيل البيع لا عند تحقق الشرط (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ هامش ٣١) . ولو كان السبب الصحيح عقد رهن حيازي ، فإن حسن النية يجب توافره عند انعقاد الرهن الحيازي لأن حق الرهن الحيازي ينشأ فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد ، ولا يطلب القيد إلا ليكون الرهن حجة على الغير (عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٩ ص ٦٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ هامش ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ .

(٣) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٣٠ ص ٥٦٦ - إسماعيل غانم ص ١٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٨ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «ولا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة ، بل يكفي توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح ، فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، فيمكن أن يكون حسن النية وقت البيع حتى لو كان سوء النية وقت التسليم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨) . هذا والعبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أنه يكفي أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع ، يمكن للتوسع في فهمها فتكون المعبرة بوقت تسجيل البيع ، إذ لم يكن المقصود بالعبارة الموازنة بين وقت البيع ووقت تسجيل البيع ، بل الموازنة بين وقت البيع بوجه عام (ويدخل في ذلك وقت تسجيله) ووقت تسليم المبيع . وعلى هذا الأساس يمكن فهم ما ورد في هذا الصدد في بعض الأقوال الفقهية (أنظر محمد كامل حرس ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ - شفيق شعاعته فقرة ٣١٢ ص ٢١٢) . ويصعب تصور خلاف في هذه المسألة بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري (قارن محمد علي مرة فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٩ ص ٦٢٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧) .

لا وقت قبول الوصية ، لأن الموصى له يملك الموصى به عند موت الموصى (١) .

والقاعدة التي قدمناها ، من أنه يكفي أن يتوافر شرط حسن النية وقت تلقي الحق ولا يشترط بقاء حسن النية بعد ذلك ، قاعدة موروثة من القانون الروماني . وزاحمها في القانون الفرنسي القديم قاعدة عكسية قررها قانون الكنيسة ، فاشترط هذا القانون بقاء حسن النية طوال المدة اللازمة للتقادم المكسب القصير . ثم انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني الفرنسي متغلبة على القاعدة التي قررها قانون الكنيسة ، ومن التقنين المدني الفرنسي انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني المصري القديم والجديد (٢) .

٤٣٤ - إثبات حسن النية : رأينا (٢) أن الفقرة الثالثة من المادة

(١) وإذا كانت الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له ، لكنه إذا قبلها استحق الموصى به من حين الموت ، لأن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد هو جانب الموصى ، وتنتج أثرها عند موته دون حاجة لقبول الموصى له ، وإنما القبول لزوم الوصية لالتزامها وإنتاج أثرها (أنظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويلاحظ مع ذلك قواعد التسجيل ، إذ أن الوصية بمقار لا تنقل ملكيته إلا بالتسجيل ، ولما كان التسجيل يتم عادة بعد قبول الموصى له ، فإن حسن النية يجب أن يتوافر عند تسجيل الوصية أي بعد قبول الموصى له ، وهذا ما لم تكن الوصية قد سجلت في حياة الموصى فعندئذ يجب توافر حسن النية وقت موت الموصى لا وقت قبول الوصية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - عيد المنم البداروي فقرة ٥٣٠ - عبد المنم فرج الصلة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ - ص ٤٢٨) . وانظر في فرنسا أن حسن النية يجب توافره عند موت الموصى : لوران ٣٢ فقرة ٤١٧ - جيوار ٢ فقرة ٥٧٩ - هيك ١٤ فقرة ٤٦٠ - بودري وتيسيه فقرة ٦٨٦ . وهناك في فرنسا رأي آخر يذهب إلى أن حسن النية يجب توافره عند قبول الموصى له (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ وهاش ٣٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣١٧٠ ص ١٠٣٤ هاش ١ - يدان ٤ فقرة ٧٦٧ - مازو فقرة ١٥٠٠ - أنيكلو بيدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٥٢) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسي القاعدة الرومانية ، ويؤثر عليها القاعدة الكنسية ولا يستكثر هذا الفقه على الحائز أن يبقى حسن النية طوال المدة اللازمة لتمام التكسب بالتقادم القصير ، فإن أصبح سوء النية في خلال هذه المدة ، فأمامه التقادم المكسب الطويل وعليه أن يستوفي مدته حتى يتمكن المقار بالتقادم (بودري وتيسيه فقرة ٦٨٥ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ هاش ٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣١٧٠) . (٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

٩٦٥ مدني تنص على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقر الدليل على العكس » . وقلعنا أنه لا يطلب من الحائر أن يثبت حسن نيته ، فالقروض فيه أصلاً أنه حسن النية حتى يثبت العكس (١) .

وعلى ذلك يفترض في الحائر الذي يتمسك بالتقادم المكسب القصير أنه حسن النية ، فلا يكلف لإثبات حسن نيته . ويستوى في ذلك أن يكون جهل الحائر بأن من تعامل معه غير مالك راجعاً إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون ، ففي الحالتين يفترض حسن نية الحائر . وهناك رأي يذهب إلى أن حسن النية لا يفترض في حالة الغلط في القانون ، فان الغلط في القانون لا يجوز افتراضه ويجب على الحائر إثباته . ولكن ما دمنا نسلم أنه إذا كان جهل الحائر راجعاً إلى غلط في القانون فإنه يعتبر حسن النية ، وما دام حسن النية يفترض دائماً ، فان الواجب التسليم بأن الحائر يفترض فيه دائماً حسن النية ، سواء رجع جهله إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون (٢) .

وقد قلنا أن حسن النية مفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . وعلى ذلك إذا ادعى المالك الحقيقي أن الحائر لم يكن حسن النية ، وأنه كان يعلم وقت تلقي الملكية أن المتصرف غير مالك ، فعليه هو يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائر بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبيئة والقرائن (٣) . ويقع كثيراً في العمل أن

(١) استئناف مخطاط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣١٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ . وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٤ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ - مارتى ورينو فقرة ٢٠١ ص ٢١٣ - وانظر عكس ذلك وأن الغلط في القانون لا يفترض : لوران ٣٢ فقرة ٤١٥ - جيوار فقرة ٥٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - ص ٥٢٠ وهامش ٣٠ - وهذا الخلاف محدود الأهمية من الناحية العملية ، فالذي يقع عملاً أن الحائز يادر هو نفسه إلى إثبات حسن نيته وأن غلظه كان غلطاً مفترفاً .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى المشتري أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح ، فلا يحتاج لإثبات سوء نيته عند الشراء إلى دليل معين ، بل هو جائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن ، وقد تكون هذه وحدها كافية في الإثبات . -

يلجأ المالك الحقيقي ، في اثبات سوء نية الحائر ، إلى سند المتصرف الذي تعامل الحائر على مقتضاه . فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة ، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائر ما دام يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، أنه يتعامل مع غير مالك (١) .

المطلب الثاني

كسب ملكية المنقول

(الحيازة في المنقول سند الملكية)

٤٣٥ - نص قانوني : تنص المادة ٩٧٦ مدني على ما يأتي :

١ - من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سنداً لحامله ، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

٢ - فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائر في اعتباره الشيء خاليا من تكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها .

٣ - والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك (٢) .

— فإذا كان من يلحقه سوء نية المشتري قد ساق القرائن القائمة في الدعوى الدالة على صحة دعواه ، وكانت هذه القرائن دالة فحسب على سوء النية ، فإنه يكون من القصور أن يكتفى بالحكم في رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحال تدل على أن المشتري حين اشترى كان يعلم أنه يشتري من المالك الحقيقي (نقض من ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٧ ص ٥٥١) . وانظر أيضا نقض من ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦١ (لقاضي الموضوع سلطة تامة في استخلاص سوء النية من قضائها في الدعوى ، ولا يمكن لاستفادة نازع الملكية للقدر رسا عليه المزاو من التصادم الحسي تلوحه بجهله الحقيقة ، إذا كان مقصراً في البحث والاستقصاء ، فإن تقصيره يتمارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من هذا التقصير) .

وانظر بودري وتيسيه ققرة ٨٦٣ ص ٥٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٧١٣ ص ٧١٨ - بلانيول وريبير وهولانجه ١ ققرة ٣١٦٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٧ - ١ - ٧٣٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٢٠٤ . (١) بودري وتيسيه ققرة ٨٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٧١٣ ص ٧١٨ -

كلووينيه ص ٢١٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩١٧ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٩٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - من حاز منقولا لوحقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله ، مستثنياً في حياته -

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المواد ٤٦/٦٨ و ٦٠٧/٧٣٣ و ٧٣٤/٦٠٨ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ (٢) .

= إلى سبب صحيح ، فانه يصبح مالكا لما حازه ، إذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢ - فإذا كان الحائز بحسن نية وبسبب صحيح قد حاز الشيء باعتباره خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة من هذه التكاليف والقيود . ٣ - والحيازة وحدها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقر الدليل على عكس ذلك . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٥١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٠ - ص ٥١٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٦٨/٤٦ : ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سلمها . إنما يشترط في ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للسلم ، ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو السرقة .

م ٧٣٣/٦٠٧ : وثبتت الملكية في المنقولات في حق كل إنسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لما صفة حيازته .

م ٧٣٤/٦٠٨ : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، مع مراعاة ما تقدم في حالة السرقة والضياع . (وأحكام التقنين المدني السابق تنفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، وإن كان التقنين المدني السابق أورد هذه الأحكام مشتتة في أماكن مختلفة : أنظر المذاكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ : ١ - من حاز وهو حسن النية منقولا أو مستأجراً لحامله ، مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد . ٢ - والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، ما لم يقر الدليل على عكس ذلك . (وأحكام التقنين العراقي في مجموعها تنفق مع أحكام التقنين المصري ، غير أن التقنين العراقي لم يورد نص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني مصري وهي تتكلم عن إسقاط التكاليف والقيود العينية بالحيازة . وجعل حائز المنقول لا تسمع عليه دعوى الملك لا أن يملك هو المنقول ، وذلك وذلك جرياً على تقاليد التقنين العراقي في عدم جواز سماع الدعوى) .

ونخلص من النص المتقدم الذكر أن حيازة المنقول بحسنية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز ، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة . ويورد التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة الهامة في المادة ٢٢٧٩ منه ، ويصدر هذه المادة بعبارة مشهورة استعارها من القانون المدني الفرنسي القديم كما وردت على لسان Bourjon أحد فقهاء هذا القانون ، تجرى على الوجه الآتي :

« En fait de meubles, la possession vaut titre. » (١) . وقد ألف الفقه في مصر أن يؤدي هذه القاعدة ، التي انتقلت من القانون الفرنسي إلى القانون المصري ، بالعبارة الآتية : « الحيازة في المنقول سند الملكية » (٢) .

والمفروض أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع وهذا هو السبب الصحيح ، فباع له غير المالك منقولا ، فلم تنتقل إليه الملكية بالبيع لأنه صادر من غير مالك كما قدمنا . فهل يبقى مشتري المنقول حسن النية معرضا مدة معينة لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي ، كما رأينا مشتري العقار من غير المالك معرضا مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي ؟ لم ير القانون الفرنسي القديم أن يجعل مشتري المنقول في مركز مشتري العقار ، إذ أن المنقول على خلاف العقار يقتضي السرعة في التعامل ، ويصعب في المنقول فحص أصل ملكية.

(١) وهذا ما قاله Bourjon "En fait de meubles, la possession vaut titre." : أنظر Bourjon الكتاب الثاني الباب الأول - الفصل السادس - الفرع الأول فقرة ١ - وانظر في الموضوع بأكمله : Jobbé Duval في دراسة تاريخية في دعوى استحقاق المنقول ، في القانون الفرنسي باريس سنة ١٨٨١ - Saleilles في حيازة المنقول باريس سنة ١٩٠٧ .

(٢) عدل الفقهاء المحدثون في مصر عن هذه العبارة إلى العبارة الآتية : « الحيازة في المنقول سند الحائز » ، بدعوى أن الحيازة لا تكسب الملكية فحسب ، بل تكسب أيضاً حقوقاً معينة أخرى غير الملكية ، وكذلك تسقط التكاليف والقيود العينية فيكسب الحائز الملكية خالصة منها . وإذا كانت العبارة الأولى التي كانت مألوفة ناقصة على هذا الوجه ، فإن العبارة المستحدثة ناقصة أيضاً ، ولا تكون هذه العبارة كاملة إلا إذا قيل : الحيازة في المنقول سند الحائز في الملكية وفي الحقوق العينية الأخرى وفي إسقاط التكاليف والقيود العينية . أما إذا أريد الإيجاز والاختصار على إبراز أظهر آثار الحيازة ، فإن العبارة التي كانت مألوفة قد أبرزت أظهر هذه الآثار وهو كسب ملكية المنقول ، حتى أن Bourjon وهو الذي استعار التقنين المدني الفرنسي عبارته كما قلنا يقول في هذه العبارة la possession vaut titre de propriété .

البائع إذ المنقول كثير التنقل من يد إلى يد ، ومحسب مشتريه أن يراه في يد
البائع حتى يطمئن إلى أنه يتعامل مع المالك . ومن ثم إذا ظهر أن بائع المنقول
لم يكن هو المالك ، ولم تنتقل الملكية إلى المشتري بالبيع ، فإنها تنتقل بحيازة
المشتري للمنقول إذا كان وقت الحيازة حسن النية أى يعتقد أن البائع هو المالك .
وبذلك يكون المشتري ، بمجرد حيازة المنقول على هذا الوجه ، مأمّن من أن
يرفع عليه المالك الحقيقى دعوى الاستحقاق ، ولا يضطر أن يبتى حائرا للمنقول
طوال خمس سنوات كما يضطر إلى ذلك مشتري العقار فيما رأيناه في التقادم
المكسب القصير (١) .

فالحيازة بحسن نية تنقل إذن ملكية المنقول فورا إذا كانت مقترنة بالسبب
الصحيح ، ولا تنقلها مقترنة بالسبب الصحيح في العقار إلا إذا دامت خمس
سنوات كما رأينا ، وتنقلها فورا وبدون حاجة إلى سبب صحيح في الثمار
كما سنرى .

وتملك المنقول بالحيازة على النحو الذى قلّمناه أمر يقتضيه ، لا سرعة
التعامل في المنقول فحسب ، بل أيضا استقرار التعامل فيه . وبدون هذه القاعدة
يصبح التعامل في المنقول محفوقا بالمخاطر ، فينبغى إذن لمن يشتري منقولا من
غير المالك وهو يعتقد أنه المالك أن يعتبر كأنه اشترى من المالك نفسه (٢) ،
وإذا لم تنتقل إليه الملكية بالبيع فإنها تنتقل بالحيازة . وهذا ما وصل إليه القانون
الفرنسى القديم في عهوده الأولى ثم في تطوراته الأخيرة ، وذلك على خلاف
القانون الرومانى الذى كان لا يعرف هذه القاعدة . ويدعو ذلك إلى إبراد
عجالة سريعة في الأصل التاريخى للقاعدة .

٤٤٦- المُرْصَل التاريخى لقاعدة تملك المنقول بالحيازة : لم يعرف القانون
الرومانى هذه القاعدة ، بل كان حائرا للمنقول إذا كان حسن النية لا يملكه
فورا ، وإنما كان يملكه بالتقادم كالعقار ، ولكن في مدة أقصر : سنة واحدة

(١) أنظر بودرى وتيسيه ققرة ٨٢٦ ص ٦٥٤ وققرة ٨٢٩ ص ٦٥٨ - بلانيول
دريير ويكار ٣ ققرة ٣٨٠ .

(٢) ويقول سالى فى هذا المعنى : « الحيازة غير المرصية التى يطلقها الحائز من يعتقد
أنه المالك تعدل السند الذى يصدر من المالك نفسه » (سالى فى رسالته فى التصرف فى القيم
المنقولة سنة ١٨٨٣ ققرة ٩٢) .

ثم أطبلت في عهد جستنيان إلى ثلاث سنوات (١) .

أما القانون الفرنسي القديم فقد ظل في عهوده الأولى محتفظاً بالتقاليد الجرمانية ولم يتبع القانون الروماني ، فكان لا يعطى لمالك المنقول إذا خرج المنقول من حيازته إلى حيازة شخص آخر دعوى استحقاق ضد الحائز الجديد . فإذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بإرادة المالك ، كما في الوديعة والعارية ، فإن للمالك أن يرفع دعوى شخصية ضد المودع عنده أو المستعير يسترد بها المنقول ، ولكن ليس له أن يرفع دعوى استحقاق ضد حائز انتقلت إليه الحيازة من المودع عنده أو المستعير . ومن هنا جرت القاعدة بأن المنقول ليس فيه حق التبع (Meubles n'ont pas de suite, mobilier non hevent sequelam) (٢) . أما إذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بسبب السرقة أو الضياع ، فإن القانون كان يعطى للمالك دعوى ذات صبغة جنائية ، مالبثت أن انقلبت إلى دعوى استحقاق مدنية يرفعها المالك ضد الحائز للمنقول (٣) .

وبقي الأمر على هذا النحو إلى القرن الثالث عشر ، إذ بدأ القانون الفرنسي القديم يتأثر في هذه المسألة بالقانون الروماني شيئاً فشيئاً ، فيكون للمالك دعوى استحقاق يسترد بها المنقول ولو خرج من حيازته طوعاً دون سرقة أو ضياع . وما قبل القرن السادس عشر حتى أصبحت القاعدة الرومانية مستقرة في القانون الفرنسي القديم ، وأصبح للمالك ، كما كان الأمر في القانون الروماني ، دعوى

(١) أنظر في أن القاعدة لم تكن موجودة في القانون الروماني عبد الفتاح عبد الباقي رساله في دور الحيازة في المنقول ص ١٩ - ص ٢٤ .

(٢) وكان أصل هذه القاعدة أن القوانين القديمة ، قبل أن تعرف عقود الوديعة والرهن والعارية ، كانت تقضى بأن المالك ينتقل ملكية الشيء إلى من يريد أن ينقل إليه حيازته حل سبل الوديعة أو الرهن أو العارية ، حل أن يلتزم الحائز التزاماً شخصياً برد الشيء إلى المالك . فكان المالك إذا تجرد من حيازة الشيء تجرد أيضاً من ملكيته ، وتجرد تبعاً لذلك من دعوى الاستحقاق . وبقي متجرداً من دعوى الاستحقاق حتى بعد أن عرفت القوانين القديمة عقود الوديعة والرهن والعارية ، وبالرغم من أن هذه العقود لا تنتقل الملكية ، وعلى الفقهاء القدماء ذلك بأنه جزاء حل عدم حيلة المالك في تسليمه ملكه إل من يبدده بالتصرف فيه ، فوضعت ثقتهم فيمن لا يستحقها (أنظر مازو ققرة ١٥٢١) .

(٣) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبولانجي ١ ققرة ٢٢٨٩ - ققرة ٢٢٩١ - عبد الفتاح عبد الباقي في رساله في دور الحيازة في المنقول ص ٤١ - ص ٦٩ .

استحقاق يسترد بها المنقول في أي يد كان . (١) .

ولكن سرعان ما تفاقمت المخاطر التي يتعرض لها التعامل في المنقول من جراء القاعدة الرومانية ، إذا كان الحائر للمنقول حسن النية . وتوالت الجهود ، منذ أوائل القرن السابع عشر ، للتضييق من دعوى استحقاق المنقول ، فأنقصت المدة التي كان يجوز أن ترفع في خلالها وكانت ثلاث سنوات كما حددها جستنيان . ثم ألغيت دعوى استحقاق المنقول بتاتا ، إذا كان المالك هو الذي نقل حيازة المنقول بإرادته إلى شخص ائتمنه عليه فتصرف فيه على غير ما يريد المالك . ولم تستبق دعوى استحقاق المنقول إلا في حالي السرقة والضياع ، فعاد الأمر في القرن الثامن عشر إلى ما كان عليه قبل القرن الثالث عشر . وهكذا بقي القانون الفرنسي القديم متأثرا بالقانون الروماني طوال خمسة قرون ، ثم رجع إلى تقاليد القديمة ، واستبعد دعوى الاستحقاق في المنقول .

وورد ذكر استبعاد دعوى الاستحقاق في المنقول ، في القرن الثامن عشر ، في كتاب (٢) لأحد فقهاء القانون الفرنسي القديم - بورجون Bourjon - ظهر في سنة ١٧٤٧ . وقد أرجع بورجون هذه القاعدة إلى قضاء محكمة Châtelet بباريس ، ويبدو على الأرجح أن هذا القضاء كان حديثا وقت أن كتب بورجون (٣) . وقد عدل فقهاء القانون الفرنسي القديم في هذا العهد

(١) ونحو ذلك القاعدة التي كانت تنص بأن المنقول ليس فيه حق التمتع إلى متى آخر ، فأصبحت تنص بأن المنقول ليس فيه حق التمتع من طريق الرهن الرسي *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* أي أن المنقول لا يصبح أن يكون محلا للرهن الرسي فلا يترتب هذا الرهن إلا على العقار . أنظر مازو فقرة ١٥٢٢ ص ١٢٢٢ - مارتى وريينو فقرة ٢٩٠ ص ٢٧٨ - بلانيول وريينو وبولانجي ١ فقرة ٢٢٩٢ - فقرة ٢٢٩٤ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٧٠ - ص ٧٨ .

(٢) عنوانه : القانون العام في فرنسا (la droit commun de la France) .

(٣) أنظر بلانيول وريينو وييكار ٣ فقرة ٢٦٩ ص ٢٦٥ وحامش ٢ - مازو فقرة ١٥٢٢ - مارتى وريينو فقرة ٢٩٠ ص ٢٧٨ - ص ٢٧٩ - بلانيول وريينو وبولانجي ١ فقرة ٢٢٩٨ - فقرة ٢٤٠٠ - وانظر في أن بوتيه لم يقرر ، كما قرر بورجون ، قاعدة تملك المنقول بالحيازة باعتبارها قاعدة مسلما بها في القانون الفرنسي القديم ، بل كان يحمل لمالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق على الحائر ولو كان حسن النية إلا في حالة سرقة ، وفي الخلاف بين مقررده وبوتيه ومقررده بورجون في هذا الشأن ، وفي أن المادة ٢٢٧٩ من قانون فرنسي اقتبست مما كتبه بورجون لا مما كتبه بوتيه : بودري وتيسيه فقرة ٨٢٢ - ٨٢٦ .

الأخير عن العبارة التي كانت مألوفة منذ القرن الثالث عشر من أن المنقول ليس فيه حق التبع (*meubles n'ont pas de suite*) ، إلى عبارة أخرى هي أن « الحيازة تعدل السند » (*possession vaut titre*) . وكان المقصود بهذه العبارة الأخيرة ، في أول الأمر ، أن حائر المنقول إذا ادعى ملكيته لم يطالب بتقديم دليل على هذه الملكية ، وتكفي حيازته للمنقول سنداً له إلى أن يثبت خصمه أنه هو المالك . ثم ظهر قضاء *Châtelet* ، والجديد فيه أنه أعطى لهذه العبارة قوة أكبر بكثير مما كانت عليه ، فلم تعد تعني أن حيازة المنقول تقتصر على مجرد افتراض أن حائر المنقول هو المالك له إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل أصبحت تعني أن حائر المنقول يصبح مالكا له بمجرد الحيازة فلا يستطيع من يدعى استحقاق المنقول أن يسرده من يد الحائر (١) . وعلى ذلك أصبحت العبارة تفيده في القانون الفرنسي القديم معنيين مختلفين . المعنى الأول أن حيازة المنقول طريق لإثبات ملكيته ، فيفترض في الحائر أنه هو المالك ولا يكلف تقديم دليل على ذلك وتكفيه الحيازة سنداً ، وذلك إلى أن يقدم مدعى الاستحقاق الدليل على أنه هو المالك دون الحائر . والمعنى الآخر أن حيازة المنقول ليست فحسب طريقاً لإثبات ملكيته ، بل هي أيضاً طريق لكسب ملكيته . فلا تقتصر حيازة المنقول على مجرد إقامة قرينة على ملكيته إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل إن هذه الحيازة تكسب الحائر ملكية المنقول إذا لم يكن مالكا له قبل الحيازة . وقد انتقل هذان المعنيان من القانون الفرنسي القديم إلى القانون الفرنسي الحديث ، حيث أصبحت المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي تعبر بطريق مباشر عن المعنى الثاني (٢) ، وحيث ألغى القضاء الفرنسي المعنى الأول بالمادة نفسها إذ لم يجد نصاً آخر يفيد مباشرة هذا المعنى (٣) . فأصبح لحيازة المنقول دوران ، فهي طريق للإثبات ، وهي سبب لكسب الملكية . وهذا ما تنتقل الآن إليه .

(١) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٢٦٩ ص ٢٦٦ .

(٢) أنظر ما قاله Bigot de Préamneux في هذا المعنى في *Jenet* ١٥ ص ٦٠٠ .

(٣) أنظر في الأصل التاريخي لقاعدة تلك المنقول بالحيازة أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٢ ص ١٤٤ هامش ٢ - بوري ونسيه فقرة ٨١٧ - فقرة ٨٢٦ - بلايول وريير ويكار ٣ فقرة ٢٦٨ - فقرة ٢٦٩ - مارت وريينو فقرة ٢٩٠ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٥ - ص ١١٠ .

٤٣٧- ميازاة المنقول لها دورا - طريق للمثبتات وسبب لكسب الملكية :

الملكية : أما أن حيازة المنقول طريق للإثبات ، فيظهر ذلك إذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى الحائز منه الحيازة ، ويكون هذا الأخير في العادة هو المالك ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها . وأما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك (non domino) وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه ، فتكون الحيازة سببا لكسب الحائز ملكية المنقول ^(١) . فالحيازة إذن تكون طريقا للإثبات إذا تعامل الحائز مع المالك ، وسببا لكسب الملكية إذا تعامل مع غير المالك . ونستعرض كلا من هذين الدورين :

(الدور الأول) حيازة المنقول طريق للإثبات : الحائز للمنقول ، كالحائز للعقار ، يفترض فيه أنه المالك لما يحوزة . وافترض أن الحائز هو المالك لا نص عليه في التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه يستخلص من تقاليد القانون ، ومن الفهم السليم ، ومما جرى عليه القضاء الفرنسي في تنابع واضطراد . ولما كان القضاء الفرنسي لا يجد نصا صريحا يستند إليه في هذه المسألة ، فقد اضطر للالتجاء إلى المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي يستند إليها في ذلك ^(٢) . أما في مصر ، ففي التقنين المدني المصري نص صريح في هذا المعنى ، فقد نصت المادة ٩٦٤ مدني فيما قدمناه على أن « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » . فالحيازة القانونية تفترض الملكية عند الحائز ، إلى أن ثبت العكس . ثم إن الحيازة المادية تفترض الحيازة القانونية ، فقد نصت لمادة ٩٦٣ مدني فيما رأينا على أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق احد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » . فإذا طبقنا هذه النصوص على

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٢ من ٢٧٠ - مازو فقرة ١٥٢٤ -
نظر في التقنين المدني الألماني المادتين ٩٣٢ و ١٠٠٦ - وفي التقنين المدني السويسري
دتين ٩٣٠ و ٩٣٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٤ - أنيكلو بيدى دالوز لفظ Revendication
٥ ١٠١ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٥١ -

حيازة المنقول ، أمكن القول بأن التقنين المدني المصري صريح في أن من يحوز المنقول حيازة مادية يفترض فيه أنه يحوزه حيازة قانونية ، ومن يحوزه حيازة قانونية يفترض فيه أنه مالكة ، وذلك كله ما لم يعم الدليل على العكس . وعلى ذلك تكفى الحيازة المادية للمنقول حتى يستخلص منها الحيازة القانونية ، والحيازة القانونية بدورها تفترض في حائر المنقول أنه مالكة ، ويستوى في ذلك كما قدمنا أن يكون حائر المنقول حسن النية أو سيئها .

وافترض أن حائر المنقول يملكه يقوم في جميع الأحوال ، ولا يطلب من الحائر أن يقدم الدليل على ملكيته إذ أن ملكيته مفترضة ، ويطلب من مدعى الاستحقاق أن يقدم هو الدليل على ملكيته . ولكن أكثر ما يستعين فيه حائر المنقول بهذا الافتراض عندما يقوم نزاع بينه وبين من تلقى منه الحيازة على ملكية المنقول ، فيطلب هذا الأخير من الحائر أن يرد له المنقول مدعيا أنه إنما تخلى له عن حيازته على سبيل الوديعة أو على سبيل العارية مثلا . ويدعى الحائر أنه إنما تلقى ملكية المنقول من هذا الحائر السابق وقد اشتراه منه مثلا أو وهبه هذا إياه . ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا وجدت منقولات ذات قيمة ، كجواهرات ، أو سندات لحاملها أو أثاث ، في يد قريب أو وارث أو خادم أو ممرضة أو خلية لشخص كان يملك هذه المنقولات ثم توفي ، ويطلب الورثة باستردادها من الحائر . ويدعى الحائر أن المورث قد وهبها إياه (١) . فعند ذلك يستطيع الحائر أن يتمسك بالحيازة قرينة على أن الملكية قد انتقلت إليه من المورث بموجب تصرف قانوني صحيح ولا يطلب منه إثبات هذا التصرف (٢) ، ولكن يشترط في ذلك أن يثبت الحائر أن حيازته للمنقولات حيازة حقيقية ، وأنها مقترنة بنية التملك (*animo domini*) ، وأنها خالية من العيوب . فحيازة المنقولات حيازة رمزية ، عن طريق تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن . ليست حيازة حقيقية (انظر م ٢/٩٥٤ مدني) . ولا يعتبر المشتري قد حاز المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه في يد البائع يحوزه نيابة عنه *constitut possessorie* (٣) .

(١) بلانيول ورييير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٥ .

(٢) كاربونه ص ٢٦٠ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانيول ورييير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٣ .

ولكن يعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح المكان أو الصندوق الذي أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء على المنقول في أى وقت يشاء (١) .
 ونية التملك مفترضة عند الحائز ، إلا إذا أقام مدعى الاستحقاق الدليل على أن الحيازة إنما هي حيازة عرضية غير مقترنة بنية التملك (٢) . ويجب أن تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه ، ومن عيب الخفاء ، ومن عيب الغموض (٣) .

فإذا أثبت الحائز حيازته للمنقول على النحو الذى قدمناه ، فإنه لا يكلف تقديم الدليل على أنه مالك للمنقول إذ أن الحيازة تفترض وجود الملكية عنده ، ويحمل مدعى الاستحقاق عبء إثبات أن الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة .
 فله أن يثبت أن الحيازة حيازة عرضية بأن يثبت مثلا وجود عقد وديعة أو عقد وكالة أو عقد عارية أو أى عقد آخر يعترف بموجبه الحائز أنه لا يحوز المنقول إلا لحساب مالكه وأنه ملتزم برده له (٤) . ويسرى في إثبات هذا العقد القواعد العامة في الإثبات ، فلا يحوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات (٥) . ولمدعى الاستحقاق أيضا أن يثبت أن الحيازة حيازة خفية ، كأن يثبت مثلا أن الحائز قد أخفى السندات لحاملها فلم يذكرها في محضر حصر التركة على أنها كانت للميت ثم وهبه لإياها ، وجعل يقبض « كوبوناتها » بواسطة الغير مدة طويلة ، فلما اشتر أمرها عند الورثة تمسك الحائز بحيازتها . ففي مثل هذا الفرض تكون الحيازة حيازة خفية ، فلا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (٦) . وعيب الخفاء واقعة مادية ، يحوز إثباتها بجميع الطرق . ولمدعى الاستحقاق أن يثبت أن الحيازة حيازة خامضة ، كأن يثبت مثلا أن الحائز كان في معيشة واحدة مع المورث (cohabitation)

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ وقرة ٢٧١ .

(٣) نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ - ٢٨٧ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٦١

. ١٢٢٥٢ II J.C.P.

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١ - نقض فرنسى ٢٤ يونيو

١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٣٦ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١٢١ .

(٥) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٤٨ .

(٦) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٤١٢ - ١٥ أبريل

سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٨٨ .

وأن المنقولات انتقلت إلى يده بحكم هذه المعيشة الواحدة ، فيشوب الحيازة غالباً عيب الغموض ، ومن ثم لا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (١) . وعيب الغموض هو أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ويترك التقدير فيها لقاضي الموضوع (٢) . ولمدعى الاستحقاق كذلك أن يثبت أن الحائز إنما استولى على المنقولات بطريق الاحتيال والغش ، فلا يعتد عندئذ بالحيازة ولا تكون قرينة على الملكية ، ويجوز إثبات الاحتيال والغش بجميع الطرق .

فإذا ما نجح مدعى الاستحقاق في إثبات شيء مما تقدم ، وأصبحت الحيازة لا يعتد بها كقرينة على الملكية ، فإن عليه أن يثبت ملكيته هو أو ملكية مورثه للمنقولات ولو عن طريق حيازة سابقة ، ليسترد هذه المنقولات بدعوى الاستحقاق التي رفعها (٣) . وقد يستردها بالدعوى الشخصية ، إذا ما أثبت مثلاً أن الحائز ، كان مودعاً عنده أو مستعيراً وأن عليه التراما بالرد (٤) . أما إذا لم ينجح مدعى الاستحقاق في إثبات ما يوجهه من طعن في الحيازة ، فإن الحيازة تبقى محتفظة بقيمتها : وتكون قرينة على ملكية الحائز (٥) . ولكن هذه

(١) مقص فرنسي ٢١ يونه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٥٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٧ ص ٣٧٥ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٦ - ص ٣٧٧ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ هامش ٢٦ .

(٤) ولكن الدعوى الشخصية تعرض مدعى الاستحقاق لأن يزاحمه سائر دائي الحائز (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٧) . وإلى جانب هذه الميزة للدعوى الاستحقاق على الدعوى الشخصية توجد ميزات أخرى : (١) قد تكون الدعوى الشخصية سقطت بالتقادم ، فلا يكون أمام المالك في هذه الحالة إلا دعوى الاستحقاق وهي لا تسقط بالتقادم . (ب) قد يكون المنقول سلم بعته لتأخير الأهلية ، فإذا أبطل العقد لم يعد للمالك إلا دعوى الاستحقاق . (ج) قد يكون المنقول أوصى بقربته لشخص وبحق الانتفاع فيه لشخص آخر ، ويضع صاحب حق الانتفاع يده على المنقول باعتباره ملكاً له انتفاعاً ورقبة ، فلا يستطيع مالك الرقبة إلا أن يرفع دعوى الاستحقاق في هذه الحالة ، إذ لا توجد رابطة شخصية تربطه بصاحب حق الانتفاع حتى يجوز له رفع الدعوى الشخصية . أنظر في ذلك كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢١٧ ص ٩٩٣ .

(٥) ولا يكلف الحائز إقامة الدليل على التصرف القانوني الذي يدعى أنه نقل إليه الملكية من المورث ، كبيع أو هبة . ويعتبر الحائز كأنه تلقى الملكية من المورث بالبيع الذي يدعيه أو بالهبة التي يدعيها ، وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٩ - تعليق بلانيول في دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩) .

القرينة قابلة لإثبات العكس ، ولا يكفي لدحضها أن يثبت مدعى الاستحقاق أنه كان مملك المنقول ، إذ تبقى قرينة انتقال هذه الملكية منه إلى الحائز بفضل الحيازة الثابتة قائمة . بل على مدعى الاستحقاق أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأن يثبت فوق ذلك أن الملكية لم تنتقل إلى الحائز بتصرف قانوني خال من العيوب .^(١)

(الدور الثاني) حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ويفرض هنا أن الحائز تلقى الحيازة وهو حسن النية ، لا من المالك كما هو الأمر في الحيازة التي تكون طريقا للإثبات ، بل من غير المالك . فيكسب الحائز ملكية المنقول ، لا بموجب التصرف القانوني الصادر من غير المالك فإن هذا التصرف لا ينتقل الملكية ما دام قد صدر من غير المالك ، ولكن بموجب الحيازة نفسها التي تعتبر في هذه الحالة سببا لكسب ملكية المنقول . وذلك ما لم يكن المنقول قد سرق من مالكة أو ضاع منه ، فإن المالك في هذه الحالة ، وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته ، يعامل معاملة أفضل من المالك الذي خرج المنقول من حيازته بإرادته ووضع ثقته فيمن لا يستحقها ، فتخلي عن حيازة المنقول لشخص خان الأمانة وتصرف في المنقول لحائز حسن النية .

وعلى ذلك يستطيع المالك ، في حالتي السرقة والضياع ، أن يسرد المنقول من الحائز بالرغم من حسن نيته على تفصيل سيرد بيانه فيما يلي .

وهذا الدور الثاني لحيازة المنقول ، وهو أن تكون الحيازة سببا لكسب

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٤٩٣ - ص ٥٧٠ - قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٩ - محمد علي عريقة ٢ فقرة ١١١ - فقرة ١١٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٣٩ - ويلاحظ أنه إذا لم ينجح الطعن في حيازة الحائز وبقيت الحيازة محتفظة بقيمتها فانه يفترض أن لدى الحائز سداً نقل إليه الملكية من مدعى الاستحقاق (بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٤٣٦ - أنيكلو بيدى دالوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٢) . ولا يكلف الحائز إثبات وجود هذا السند ، ولكن يجب على الأقل أن يبين على وجه التحقيق ما هو السند الذي يتمسك به ، وذلك حتى يتيسر لمدعى الاستحقاق أن يقدم الدليل العكسي لنفي هذا السند (أنيكلو بيدى دالوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٥) .

الملكية ، هو الذى يعنينا هنا ، فنقتصر عليه فى بحثنا (١) . ونتكلم أولاً فى القاعدة العامة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ثم نتكلم فى حكم الحيازة إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً .

§ ١ - القاعدة العامة - الحيازة فى المنقول سند الملكية

٤٣٨ - شروط تطبيق القاعدة والآثار التى تُرنب على تطبيقها :
وهناك شروط لا بد من توافرها حتى يمكن تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فإذا ما توافرت هذه الشروط ووجب تطبيق القاعدة نتج عن تطبيقها آثار معينة .

١ - الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة

٤٣٩ - شروط أربعة : يجب لتطبيق القاعدة توافر شروط أربعة :
(١) أن يكون هناك منقول . (٢) وأن يخضع هذا المنقول لحيازة صحيحة .
(٣) وأن يصحب هذه الحيازة سبب صحيح . (٤) وأن تقترن الحيازة بحسن النية (٢) .

٤٤٠ - الشرط الأول - المنقول الذى تطبق عليه القاعدة - المنقول المادى
تنطبق القاعدة على كل منقول مادى ، أى كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف ، فيدخل فى ذلك العروض والحيوانات والأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ومواد البناء ما دامت لم تشيد والانتقاض المهلعة من البناء وغير ذلك من المنقولات

(١) وهو يختلف عن الدور الأول ، كما رأينا ، فى لبرين : أولها أن الحائز فى الدور الثانى يتلق الحيازة من غير المالك ويتلقاها فى الدور الأول من المالك ، والأمر الثانى أن الحائز فى الدور الثانى يجب أن يكون حسن النية ولا يشترط حسن النية فى الدور الأول .
(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : ويشترط فى تملك المنقول بالحيازة ما يأتى : (أ) أن يكون الشيء منقولاً أو حقاً عينياً على منقول كرهن حيازة أو سند لحامله وهو منقول معنوى تجدد فأخذ حكم المنقول المادى . (ب) أن تكون هناك حيازة متوافرة الشروط . (ج) أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ، وحسن النية مفروض كما هى القاعدة . (د) أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح ، والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم . فجرد الحيازة إذاً يفرض معها حسن النية والسبب الصحيح ، حتى يقوم الدليل العكس . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

المادية^(١) . وتعتبر النسخة الأصلية من المصنف (*manuserit*) منقولا ماديا فتطبق عليه القاعدة ، ومن ثم إذا اشتراها شخص حسن النية من غير المالك تملكها بالحيازة . ولكن لا يترتب على انتقال الملكية إلى الحائز أن تنتقل إليه حقوق المؤلف ، ولا يكون له الحق في نشر المصنف ، ومن جهة أخرى لا يجوز للمؤلف أن يلزم الحائز بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إلا باتفاق معه ^(٢) . ويستثنى من المنقولات المادية فلا تخضع للقاعدة : (١) المنقولات المعتبرة من الأملاك العامة ، لأنها غير قابلة للتملك فلا يجوز تملكها بالحيازة . ويدخل ضمن هذه المنقولات المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة ، والتحف والتماثيل والصور المعروضة بالمتاحف العامة ، والتماثيل والمنقولات الأثرية ^(٣) ، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، والذخائر والأسلحة والمهمات الحربية ، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة ^(٤) . وتستطيع الدولة أو الشخص العام أن يسترد هذه المنقولات من أى حائز لها ولو كان حسن النية وتوافرت فيه شروط تملك المنقول بالحيازة ، ويستردها في أى وقت كان ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة أو أكثر ^(٥) . (٢) المنقولات الخاضعة للقيود أو المنقولات ذات

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٢٦-فقرة ٢٧ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٢٢٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٦ - ص ١٥٧ - بودري وتيسيه فقرة ٨٤٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ . عبد النعم فرج الصلة فقرة ٤٤٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٧٩ - وفري من ذلك أن القاعدة لا تنطبق على الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية لأنها تقع على شيء غير مادي (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٥١ ص ١١١٤ - نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢١٥) .

(٣) نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١ .

(٤) الوسيط ٨ فقرة ٥٤ ص ١١٩ وفقرة ٥ ص ١٢٦ .

(٥) أنظر في عدم انطباق القاعدة على رسالة كتبها موليير بخطه *autographe de Molière*

وتملكها المكتبة الملكية بباريس : باريس ٣ يناير سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦-٢-٢١٢ - وعلى منقولات توثت أماكن للعبادة : روان ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ جازيت دي باليه ١٩٦٢ ١ - ٩٩ . وقد سبق أن قررنا في الجزء الثامن من الوسيط : « وكما لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولا بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإداري أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإداري يستطيع أن يسترده منه ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشتري قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع في سوق عامة أو من تاجر يعامل في مثل هذا المنقول » (الوسيط ٨ فقرة ٨٦ ص ١٥٣) .

الطبيعة الخاصة : وأهم هذه المنقولات هي السفن والطائرات ، إذ يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير تقيد فيه السفينة أو الطائرة ، كما تقيد التصرفات الواردة على أى منهما : والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcription) أو القيد (inscription) في العقارات . ومن ثم لا تنتقل ملكية هذه المنقولات ما لم يشهر التصرف ، فهي منقولات تلحق بالعقارات من هذه الناحية ، وهي كالعقارات لا تخضع لقاعدة تملك المنقول بالحيازة (١) .

وما دام المنقول المادى هو الذى يخضع للقاعدة على النحو الذى قلناه ، فلا تخضع لها إذن العقارات بطبيعتها . كذلك لا يخضع لها العقار بالتخصيص ، وهو المنقول الذى يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله . وما دام هذا المنقول ملحقا بالعقار ، فإنه يسرده مع العقار بدعوى الاستحقاق (٢) ، ولا تحول دون ذلك قاعدة تملك المنقول بالحيازة لو أن حائزا حسن النية حاز العقار وما ألحق به من عقار بالتخصيص (٣) . ولكن

(١) أنظر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن تسجيل السفن التجارية والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهون البحرية ، والمشرع الجديد للقانون البحرى ، واتفاقية شيكاغو المبرمة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ وقد اربطت مصر بأحكامها ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات لإجراء التسجيل على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٢٨ . ولكن هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة الخاصة للقيد لا تعتبر عقاراً بل منقولا ، ومن ثم لا تخضع للتقدم المكسب القصير ، وإنما تخضع للتقدم المكسب الطويل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٥) .

ولا تخضع الثمار ، وإن كانت منقولا ، لقاعدة تملك المنقول بالحيازة . فإنها ، وإن كانت هي الأخرى تملك بالحيازة أى بالقبض ، إلا أنها تسرى عليها أحكام قاعدة أخرى غير القاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، وسيأتى بيان ذلك (أنظر م ٩٧٨ ملخ) .

(٢) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى عدم انطباق القاعدة على المنقولات التابعة لعقار حتى لو لم تكن هذه المنقولات عقاراً بالتخصيص ، كنزل يباع بالأثاث الذى فيه ، فان المالك الحقيق للمنزل والأثاث يستطيع أن يسرده من الحائز حسن النية المنزل والأثاث جميعاً (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢١٤ ص ٩٨٩ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ هامش ٣) . وقد ساد هذا الرأى في الفقه المصرى (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠٨ - محمد على عرقة ٢ فقرة ١١٤ ص ٢١٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٨١) . ولكن لو باع مالك العقار عقاره وفيه منقولات غير مملوكة له ، فان المشتري حسن النية يملك هذه المنقولات بالحيازة (منصور مصطوف منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٣٩ هامش ٣) .

إذا فصل العقار بالتخصيص عن العقار، فإنه يرجع متقولا بطبيعته كما كان قبل إلحاقه بالعقار، ومن ثم يخضع للقاعدة ويصبح تملكه بالحيازة. فإذا استأجر شخص أرضا زراعية بما عليها من مواش وآلات زراعية مملوكة لصاحب الأرض، وفصل المستأجر ماشية أو آلة زراعية منها وباعها لمشتري حسن النية، فإن هذا المشتري يملك الماشية أو الآلة الزراعية بمجرد الحيازة، ولا يجوز دون ذلك أن الماشية أو الآلة الزراعية كانت في الأصل عقارا بالتخصيص ما دامت قد فصلت عن الأرض^(١).

ولا يخضع للقاعدة الحقوق الشخصية، كالديون (créances) والأوراق التجارية (effets de commerce)، فإن الديون تنتقل بالحالة (cession de créance)، والأوراق التجارية تنتقل بالتحويل (transfert) أو بالتظهير (endossement)^(٢). ويستثنى من ذلك السندات لحاملها، فسرى^(٣) أنها تخضع للقاعدة ويجوز تملكها بالحيازة.

ولا يخضع للقاعدة المجموع من المال (universalité)، لأنه لا يقبل الحيازة. ومن ثم لا يخضع للقاعدة المتجر (fonds de commerce)^(٤).

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦ ص ٦٧٥ - أما المنقول بحسب المال فالأمر فيه يختلف فإنه وقت أن يشتريه شخص حسن النية يكون عقارا يستطيع المشتري أن يتحرى عن مالكه. فإذا اشترى شخص أشجارا على أن تقطع وتسلم إليه، أو اشترى منزلا على أن يهدم ويسلم إليه أنقاضاً، فهناك خلاف فيما إذا كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة تنطبق في هذه الحالة. أنظر في انطباقها بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦، وانظر في علم انطباقها Rodière في مجلة التشريع ٤٢ ص ٢٢١. ونميل إلى الأخذ بالرأى بالثاني، وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن المشتري لسقف قديم قبل أن يفصل عن البناء الذي هو فيه ليس له أن يملك بالقاعدة (استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٠).

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٦ - نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ ١ - ٤٤ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - ٦ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٤١٢.

(٣) أنظر مايل فقرة ٤٤١.

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٣ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ - نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢.

ولا التركة ولو لم تشتمل إلا على منقولات فإن المطالبة بالتركة إنما تكون بدعوى الإرث لا بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٤١ - السند لحاضر : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدني تقول : « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله » . فألحق السند لحامله (titre au porteur) بالمنقول في تطبيق المادة ٩٧٦ مدني ، فإذا انتقلت إلى شخص حسن النية حيازة سند لحامله بسبب صحيح تملك هذا السند بمجرد الحيازة . والسند لحامله هو حق شخص (créance) الدائن فيه هو أي شخص يحمل السند ، فينتقل هذا الحق لا عن طريق الحوالة (cession de créance) كما تنتقل الحقوق الشخصية ، ولا عن طريق التحويل (transfert) كما تنتقل السندات الاسمية (titres nominatifs) ، ولا عن طريق التظهير (endossement) كما تنتقل السندات الإذنية (titres à ordre) ، بل عن طريق المناولة من يد إلى يد ، فأى شخص يحمل السند يكون هو الدائن كما قدمنا . وعلى ذلك يختلط الحق الشخصي في السند لحامله بالورقة ذاتها التي تثبت السند ، ويصبحان شيئاً مادياً واحداً هو هذه الورقة التي أثبتت فيها السند . ويتجسد الحق الشخصي في الورقة ، فنتقل إليه ماديته . ويصبح السند لحامله في حكم المنقول المادي ، كل من يحوزه بحسن نية يعتبر مالكا له كالمنقول المادي سواء بسواء ومن أجل ذلك أدخل المشرع السند لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدني ، شأنه في ذلك شأن المنقول المادي (٣) .

وكما يخضع السند لحامله لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، كذلك تخضع « كوبونات » (coupons) لنفس القاعدة . فمن حاز هذه الكوبونات بحسن نية وبسبب صحيح ، يصبح مالكا لها (٤) .

وإذا ظهر السند الإذني على بياض (endossé en blanc) ، فأصبح

(١) أوبري دور ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودري وتيسيه فقرة ٨٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٤١ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٨٤١ ص ٦٧٢ هامش ٢ .

ينتقل بالمناولة من يد إلى يد ، فانه يأخذ حكم السند لحامله ، ويدخل كالتقدم لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى (١) .

والأوراق النقدية (billets de banqu) هي في الواقع سندات لحاملها ، ومن ثم تدخل في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى . فمن حاز بحسن نية وبسبب صحيح ورقا نقديا من غير مالكة ، فانه يملكه . أما إذا كان سوء النية . فإن لمالك الورق النقدى ، على فرض أنه أمكن التعرف على ذاتية هذا الورق النقدى وهذا نادر ، أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وكالورق النقدى النقود المعدنية ، إذا أمكن التعرف على ذاتيتها (٢) .

٤٤٢ - الحقوق العينية على المنقول : ويدخل كذلك في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى الحقوق العينية على المنقول (م ١/٩٧٦ مدنى) ، وذلك بشرط أن يكون الحق العينى على المنقول قابلا للحيازة . ويقبل الحيازة من الحقوق العينية على المنقول حق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله ، ورهن حيازة المنقول ، وحق الامتياز على المنقول .

فأما حق الانتفاع بالمنقول (usufruit) وحق استعماله (usage) ، فيكسبان ، كما تكسب ملكية المنقول نفسه ، بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز . فإذا رتب غير المالك ، على منقول مادى ، لشخص حق انتفاع أو حق استعمال ، وتسلم هذا الشخص المنقول وهو حسن النية للانتفاع به أو لاستعماله ، فإنه يملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال بالحيازة . والسبب الصحيح هنا هو عقد إنشاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، وقد صدر من غير مالك المنقول . والاعتبارات التى بنى عليها تملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال فى المنقول بالحيازة هي نفس الاعتبارات التى بنى عليها كسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة : استقرار التعامل فى المنقول ومقتضيات سرعة التداول . وقد نصت المادة ١/٩٨٥ مدنى على أن « حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم » ، وأغفل النص الحيازة فى المنقول سهوا ، ولا يشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سيأتى .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٧١ ص ٣٦٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٢ .

وأما حق رهن الحيازة في المنقول : فقد ورد في شأنه نص صريح . إذ نصت المادة ١١١٨ مدني على أن « ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسري على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون . كما يجوز من جهة أخرى لكل حائر حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في رهن الحيازة في الجزء العاشر من الوسيط . ويكفي هنا أن نقرر أنه إذا رتب غير المالك على المنقول حق رهن حيازة لشخص تسلم المنقول على سبيل الرهن وهو حسن النية . فإن هذا الشخص يصبح دائماً مرتهناً للمنقول . لا بموجب عقد الرهن إذ هو صادر من غير المالك . ولكن بموجب الحيازة الواقعة على حق الرهن لا على حق الملكية . والسبب الصحيح هنا هو عقد الرهن الصادر من غير المالك . ويستطيع الحائر أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقي للمنقول (١) . واستقرار التعامل في المنقول . هنا أيضاً ، هو الذي يبرر كيف يكسب الدائن حق رهن الحيازة في المنقول بالحيازة . إذا صدر الرهن من غير مالك المنقول (٢) . وتبين أهمية ذلك بوجه خاص بالنسبة إلى بنوك البرهون . فهي تقرض المدينين وتأخذ ضماناً للقرض رهن حيازة على منقول يقدمه المدين . كسندات لحاملها أو مجوهرات أو غير ذلك من المنقولات . ولا يستطيع الدائن أن يتثبت مما إذا كان المدين هو المالك للمنقولات المرهونة . فمن حقه أن يستند إلى حيازة المدين الراهن للمنقول ليطمئن إلى أنه هو المالك ، وإلا لما استقر التعامل ، ولتعطل هذا الوجه من وجوه الائتمان .

وأما حق الامتياز على المنقول ، فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النية حيث

(١) استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٩٥ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٠ - وللدائن المرتهن حسن النية أن يحتج برهنه على الدائن صاحب الامتياز كالمتأجر (استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥) وكالبائع (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٨٠) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٦٨ .

يكون حق الرهن مبنياً على فكرة الرهن الضمني ، فيأخذ حكم رهن الحيازة على النحو الذي قدمناه . من ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة . فانه يثبت « ولو كانت المنقولات مملوكة لزوج المستأجر أو كانت مملوكة للغير . ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها . وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » (م ١١٤٣ / ٢ مدني) . ومن ذلك أيضاً امتياز صاحب الفندق على أمتعة التزيل ، فيقع الامتياز على الأمتعة « ولو كانت غير مملوكة للتزيل . إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة »^(١) (م ١١٤٤ / ٢ مدني) .

٤٤٣- الشرط الثاني- الحيازة : ويجب أن يحوز الشخص المنقول حيازة صحيحة : حتى يملكه . والحيازة هنا هي سبب كسب ملكية المنقول ، أو سبب كسب الحق العيني على المنقول كحق الانتفاع وحق رهن الحيازة . وحتى تكسب الحيازة الحائز الملكية أو الحق العيني ، يجب أن تكون حيازة حقيقية . وأن تكون متوافرة على عنصرها المعنوي إلى جانب هذا العنصر المادي ، وأن تكون خالية من العيوب . وقد قدمنا مثل ذلك في الحيازة عندما تقوم بدورها الآخر ، كطريق للإثبات لا كسبب الملكية^(٢) .

فيجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية (réelle) ، فحيازة المنقول حيازة رمزية لا تكفي كما إذا تسلم الشخص البضائع المعهود بها إلى أمين النقل

(١) ويذهب رأي إلى أن المصدر المباشر هنا هو النص ، وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة بشروط خاصة ، فهي ليست شروط قاعدة الحيازة ، لأن حيازة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو التزيل ، كما أن هذه الحيازة لا تستند إلى سبب صحيح ، (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣ - وقرب عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٤ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٣ ص ١٨٢) . وإذا صح أن المصدر المباشر حق الامتياز هو النص ، فإن النص فيما نحن بصدده إنما هو تطبيق لقاعدة الحيازة . إذ الأصل أن الامتياز لا يثبت إلا على منقول مملوك للمدين ، فأثبت النص هنا على منقول غير مملوك للمدين ، وراعى في ذلك توافر شروط قاعدة الحيازة . أما السبب الصحيح فوجود ، إذ أن امتياز المؤجر أو صاحب الفندق إنما يقوم على رهن ضمني ، فإذا وقع هذا الرهن الضمني على منقول غير مملوك للمدين اعتبر ، سبباً صحيحاً

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٧ .

أو المودعة في المخازن عن طريق تسليم سنداتها (١) . كذلك لا تعتبر حيازة المشتري للمنتقل المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه في يد البائع يحوزه نيابة عنه (*constitut possessorie*) . ويعتبر حيازة حقيقية تسلّم الحائز مفاتيح الصندوق الذي أودع فيه المنتقل ، بحيث يستطيع الاستيلاء عليه في أى وقت شاء (٢) . وكون الحيازة حيازة حقيقية من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع (٣) .

ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة (*animo domini*) لا حيازة عرضية (*précaire*) ، فيجب أن يحوز الحائز لحساب نفسه لا لحساب الغير ، وبنية التملك أو بنية كسب الحق العيني محل الحيازة . ويفترض في الحيازة أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، وعلى مدعى الاستحقاق أن يثبت العكس ، فيثبت أن الحائز لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره . فإذا أثبت

(١) أنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤١ - حسن كبرى ص ١١٥ .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥٥٥ - جيوار فقرة ٨٦١ - فقرة ٨٦٢ - ثرولون فقرة ١٠٦٢ - فقرة ١٠٦٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٧٣ - شفيق شحاته فقرة ٢١٥ - ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحيازة لا تعتبر سداً للملك في المنتقل إلا إذا كانت فعلية بنية التملك ، بريئة من شائبة الغموض والبس . وهي لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز في مكتنة الحائز وتحت تصرفه ، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصلاً يحوز لنفسه لا لغيره ، ولا تكون بريئة من البس والغموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك في انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه . ومفتاح الخزانة يشبه تذكرة النقل ، من حيث إن كلاهما يجعل حامله حائزاً حيازة رمزية للمنتقل ليس في يده فعلاً . وتشابه الحالتين يجعل قياس إحدى الحالتين على الأخرى قياساً سليماً لا يقدر فيه اختلافهما في وجود أخرى ، إذ ليس شرطاً لصحة القياس أن يتفق المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤) . وانظر في معنى هذا الحكم : محمد علي عرفة ٢ فقرة ١١٦ ص ٢١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٥ ص ٦٨٣ .

كذلك يعتد بالحيازة الحكية فتنتقل الملكية ، كما إذا اشترى مستأجر المنتقل هذا المنتقل من المؤجر غير المالك ، وبقى المستأجر واعداً يده على المنتقل ولكن على اعتبار أنه مشتر لا مستأجر (عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنتقل ص ٢٠٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ هامش ١) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٧ .

مثلا أن الحائز إنما يحوز المتقول على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار أو الوكالة ، فقد أثبت أن الحيازة حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب الحائز العرضي الملكية أو الحق العيني (١) .

ويجب أخيرا أن تكون الحيازة خالية من العيوب : أى أن تكون حيازة غير متقطعة وغير مصحوبة بإكراه وغير خفية وغير غامضة . ولما كان شرط تملك المتقول بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية ، فإن حسن النية يتنافى مع أن تكون الحيازة مصحوبة بإكراه أو أن تكون خفية . وكذلك لا يتصور أن تكون الحيازة متقطعة ، فإن مجرد الحيازة الحقيقية هنا ولو لحظة واحدة يكفي لكسب الملكية أو الحق العيني ، فليس هناك متسع من الوقت لتقطع الحيازة . بقي عيب الغموض ، والغالب أن إثبات نية التملك ينفي أن تكون الحيازة غامضة . وعلى ذلك إذا أثبت الحائز أن حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك ، فيغلب أن يتضمن ذلك إثبات أن الحيازة خالية من العيوب (٢) .

٤٤٤ - الشرط الثالث - السبب الصحيح : لا يعتبر السبب الصحيح في القانون الفرنسي شرطا لتمكن المتقول بالحيازة ، أو في القليل لا يعتبر شرطا مستقلا عن شرط حسن النية بل هو يتدمج في هذا الشرط الأخير . ذلك بأن الحائز حسن النية إنما يعتمد عادة في حسن نيته على اعتقاده أنه تلقى ملكية المتقول من المالك بتصرف قانوني من شأنه أن ينقل إليه الملكية ، وهذا التصرف القانوني هو السبب الصحيح ، فهو إذن عنصر من عناصر حسن النية وليس بشرط مستقل (٣) ، وينبني على ذلك أن التصرف القانوني الباطل والتصرف القانوني الظني ، وكل منهما ليس له وجود قانوني ، يصلحان لأن يستند إليهما الحائز في حسن نيته متى اعتقد أن الملكية قد انتقلت إليه بأى منهما (٤) . أما إذا

(١) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ ص ٢٨٠ - مازو فقرة ١٥٣١ - وقارن

مارتن ورينو فقرة ٣٩٣ ص ٢٨٤ .

(٣) ومع ذلك أنظر في وجوب اشتراط السبب الصحيح في القانون الفرنسي عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المتقول ص ٢٥٤ ص ٢٨٩ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٨٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٢ - مازو

فقرة ١٥٣٦ (فيما يتعلق بالسند الباطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للقانون أولاداب) .

كان التصرف القانوني قابلاً للإبطال وعلم الحائز بذلك . فإن هذا العلم لا ينفي حسن نيته (١) . وقد استبعد السبب الصحيح شرطاً مستقلاً في القانون الفرنسي على النحو الذي قدمناه إذ لم يرد له أى ذكر في المادة ٢٢٧٩ / ١ مدني فرنسي . فهذا النص يقتصر على القول بأن الحيازة في المنقول سند الملكية *En fait* (*de meubles, la possession vaut titre*) . فلم يذكر النص لا السبب الصحيح ، ولا حسن النية . ولكن شرط حسن النية قد ورد في نص آخر هو المادة ١١٤١ مدني فرنسي ، ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة . ومن ثم استعير منه شرط حسن النية وكل به نص المادة ٢٢٧٩ / ١ . أما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره ، لافي المادة ٢٢٧٩ / ١ كما قدمنا . ولافي أى نص آخر . وهذا بخلاف التقادم المكسب القصير في العقار : فقد نصت المادة ٢٢٦ مدني فرنسي صراحة على أن يشترط فيه وجود السبب الصحيح .

ويختلف التقنين المدني المصري عن التقنين المدني الفرنسي اختلافاً واضحاً في هذا الشأن . فقد اشترطت المادة ٩٧٦ مدني مصري صراحة وجود السبب الصحيح لتملك المنقول بالحيازة ، فقد رأيناها ٢١ تقول : « ١ - من حاز بسبب صحيح ... ٢ / فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح ... ٣ - والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح ... » ٢٢ . وعلى ذلك يكون السبب الصحيح ، في القانون المصري ، شرطاً قائماً بذاته ومستقلاً عن شرط حسن النية لتملك المنقول بالحيازة .

وقد بحثنا السبب الصحيح كشرط مستقل من شروط التقادم المكسب

(١) ولكن يستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى من تصرف في المنقول للحائز ، إذا كان هذا الأخير مدنياً له بسبب اقتزاعه الحيازة منه ، فيطلب إبطال التصرف . فيرد الحائز المنقول للتصرف ، فيسترده من المتصرف المالك الحقيقي . على أن المالك الحقيقي قد لا ينجح في هذه الدعوى غير المباشرة . ويتحقق ذلك إذا زال سبب الإبطال بالإجازة مثلاً أو بالتقادم ، أو إذا دفع الحائز الدعوى بدفع من الدفوع التي كان التصرف يستطيع أن يدفع بها . وحتى إذا نجح المالك الحقيقي في الدعوى غير المباشرة ، فإن سائر دائي المتصرف يزاحمونه طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبيير وبيكار ٣ فترة ٢٨٢ ص ٢٨٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥

(٣) أنظر أيضاً في التقنين المدني السابق المواد ٦٨/٤٦ و ٧٢٣/٦٠٧ و ٧٢٤/٦٠٨ آنفاً

ص ١١١٥ هامش ١ .

القصر في العقار ، وما قلناه هناك (١) ينطبق هنا . فالسبب الصحيح هو تصرف قانوني (acte juridique) ناقل للملكية (٢) ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك (٣) . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشئ لحق عيني منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة ، كحق الانتفاع في المنقول وحق رهن الحيازة في المنقول ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ، يعتبر هو أيضا سببا صحيحا . وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون « سببا صحيحا » على النحو السالف الذكر ، فإن سند المتصرف نفسه الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا يعتد به . فقد يكون هذا المتصرف ليس عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك المنقول الذي يتصرف فيه ، وقد يكون حائرا عرضيا كمتاجر أو مستعير أو مودع عنده أو وكيل وقد باع المنقول للحائز فيكون سوء النية . فيستوى إذن أن يكون المتصرف حسن النية أو سوء النية ، ويستوى أن يكون حائرا أصيلا أو حائرا عرضيا أو غير حائز أصلا ، والمهم فيه أن يكون غير مالك للمنقول أو غير صاحب الحق العيني المنقول الذي تصرف فيه للحائز . وقد رأينا فيما تقدم (٤) ما يعتبر سببا صحيحا وما لا يعتبر . فيعتبر سببا صحيحا بوجه خاص البيع والمقايضة والهبة والوصية بمنقول معين بالذات ورسوم مزاد المنقول المحجوز عليه (٥) والوفاء بمقابل وتقديم الشريك متقولا حصة له في الشركة ، ولا يعتبر

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٠ وما بعدها .

(٢) أما الميراث فليس يتصرف قانون بل هو واقعة مادية ، ومن ثم لا يصلح سببا صحيحا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٠١) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ - ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٤ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ - أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٧ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢ .

(٥) وقد قضى بأن من رسا عليه مزاد الحصول المحجوز عليه ، وتسلمه بعد فصله من الأرض ، له أن يتسك بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ضد المشتري الذي باع له للدين هذا الحصول (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٤٥٠) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ - بنى سوييف الكلية ١٧ أغسطس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٩ ص ٢٦٥ - قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٩ ص ١٢٢ .

سبباً صحيحاً بوجه خاص الميراث والعقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية (كالإيجار والعارية والوديعة والوكالة) والتصرفات الكاشفة عن الملكية (كالقسمة الاختيارية والصلح) والحكم القضائي . وقدعنا (١) أن التصرف القانوني الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانوني ، فلا يعتبر سبباً صحيحاً . وكذلك لا يعتبر سبباً صحيحاً التصرف القانوني الظني ، لأنه هو أيضاً ليس له وجود قانوني (٢) . أما التصرف القانوني القابل للإبطال فانه يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (٣) . وكذلك يصلح أن يكون سبباً صحيحاً التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ ، كما يصلح أن يكون سبباً صحيحاً التصرف القانوني المعلق على شرط واقف ولكن من وقت تحقق الشرط (٤) .

ولكن السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة يختلف عن السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير في أمرين : (١) لا يسجل السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة لأن التسجيل لا يكون إلا في العقار ، أما السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فيجب تسجيله كما أسلفنا القول (٥) . (٢) في إثبات السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، قدعنا (٦) أن السبب الصحيح لا يفترض وجوده ، لذلك كان من الواجب إثباته ، ويقع عبء الإثبات على الحائر الذي يتمسك بالتقادم ، ويثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . أما في تملك المنقول بالحيازة ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٧٦ مدني كما رأينا (٧) على ما يأتي :

« والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقيم

(١) أنظر آتفاً فقرة ٤٢٤ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٤٢٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٤ .

(٣) أنظر آتفاً فقرة ٤٢٥ .

(٤) أنظر آتفاً فقرة ٤٢٦ - وإذا كان التصرف القانوني مطلقاً على شرط وقف ولم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً ، وكذلك يكون الحكم فيما إذا كان التصرف القانوني مطلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط (أنظر آتفاً فقرة ٤٢٦) .

(٥) أنظر آتفاً فقرة ٤٢٨ .

(٦) أنظر آتفاً فقرة ٤٢٩ .

(٧) أنظر آتفاً فقرة ٤٣٥ .

الدليل على عكس ذلك . ونرى من هذا النص أن حائز المنقول لا يكلف إثبات وجود السبب الصحيح ، فجرد حيازته للمنقول يفترض وجود هذا السبب . وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول في وجود السبب الصحيح ، فعليه هو أن يثبت أنه غير موجود ، أو أنه تصرف قانوني باطل أو تصرف قانوني ظني ليس لأى منهما وجود قانوني . ولا يكفي أن يثبت أن التصرف القانوني قابل للإبطال أو معلق على شرط ، فقد قدمنا أن التصرف القانوني في هاتين الحالتين يصلح أن يكون سببا صحيحا .

٤٤٥ - الشرط الرابع - حسن النية : ويشترط أخيرا في الحائز ، حتى يملك المنقول بالحيازة ، أن يكون حسن النية ، وفي هذا تقول المادة ١/٩٧٦ مدني كما رأينا (١) : « من حاز بسبب صحيح منقولا ... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . ومعنى حسن النية هنا هو نفس معناه في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٢) : أن يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك (٣) . فحسن النية إذن غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول ، على أن يكون هذا الغلط معتبرا حتى يستقيم مع حسن النية ، فإذا كان غير معتبرا فانه ينفي حسن النية (٤) . ويستوى أن يكون الغلط في الواقع أو في القانون (٥) . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون حسن النية كاملا ، فأى شك يقع في نفس الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن النية .

وعلم الحائز بالعيوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأي وجه من الوجوه ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٠ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٧٢ ص ٦٩٥ - بلاتول وريبير ويكار ٢ فقرة ٢٨١ ص ٢٨١ .

(٤) استئناف مخطط ١٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٦ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦

٤٨ ص ٦٩ -- شفيق شحاتة فقرة ٢١٧ ص ٢٢٤ .

(٥) بودري وتيسيه فقرة ٨٧٢ .

ينفى حسن النية الواجب توافره عند الحائر (١) . أما العيوب التى تشوب السبب الصحيح نفسه أى التصرف القانونى الصادر للحائر ، فنها عيب لا بد للحائر من أن يجهله ، وهو أن يكون التصرف صادرا من غير المالك . إذ لا بد أن يعتمد الحائر أن التصرف صادر من المالك ، حتى يكون حسن النية كما أسلفنا . بقيت العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح ، ومن هذه ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سببا صحيحا كالتصرف الباطل والتصرف الظنى ، ومواء علم بها الحائر أو لم يعلم فان السبب الصحيح غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان العلم بها ينفى حسن النية أو لا ينفيه إذ فى الحالتين لا يستطيع الحائر أن يملك المنقول بالحيازة لانعدام السبب الصحيح . فاذا كان العيب الذى يشوب السبب الصحيح لا يمنع من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا ، وذلك كأن يكون التصرف قابلا للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلا للفسخ أو معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ ، فعلم الحائر بمثل هذه العيوب لا ينفى حسن نيته . ذلك لأن حسن النية هو ، كما قدمنا ، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير المالك . أما وقد جهل الحائر هذا العيب ، فهو حسن النية ، سواء كان لا يعلم بالعيوب الأخرى أو كان يعلم بها (٢) .

أما الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية ، فقد نصت المادة ١/٩٧٦ مدنى كما رأينا (٣) فى هذا الصدد على أن « من حاز بسبب صحيح منقولاً... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . فالعبرة إذن ، فى توافر حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة ، بوقت حيازة المنقول ، لا بوقت

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣١ .

(٢) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٣٢ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ ص ٢٨١ - وانظر حكماً لهيئة النقض أنشأت فيه المحكمة مجالا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة فى حين أن الستة صادر من ناظر الوقف مجازاً فيه الملود الى حينها له القاضى الشرعى : نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكاتب للنقض لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٢ . ولا نرى فى هذه الحالة محلاً لإثارة قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، لأن هذه القاعدة تفترض أن الستة قد صدر من غير مالك ، وإنما يجب تطبيق القواعد العامة .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

تلقى الحق كما هو الأمر في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (١) . وعلى ذلك إذا كان الحائر حسن النية وقت تلقى الحق ، ولكنه أصبح سيء النية عند بدء الحيازة ، فانه لا يعتبر حسن النية ولا يملك المنقول بالحيازة (٢) . ولما كان يصعب أن تتصور الفرض العكسي ، وهو أن يكون الحائر سيء النية وقت تلقى الحق ثم يصبح حسن النية وقت الحيازة (٣) ، فان الذي يقع عملاً هو أن يكون الحائر حسن النية من وقت تلقى الحق إلى وقت بدء الحيازة (٤) . ذلك لأن الحائر إنما يملك المنقول بمجرد الحيازة ، ولا يشترط أن تدوم الحيازة وقتاً ما ، ومن ثم تشدد القانون في تحديد الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية فجعله وقت بدء الحيازة ، حتى يشمل وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة معاً . أما في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، فان الحائر يجب أن يستمر في حيازته خمس سنوات حتى يملك العقار ، فاقصر القانون في الوقت الذي

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٢ .

(٢) وقد قضى بأنه يشترط أن يكون المشتري حسن النية في الوقت الذي يحوز فيه المنقول بالفعل ، لا وقت الشراء ، لأن سند ملكية المشتري ليس هو الشراء بل هي الحيازة ، فيجب توافر حسن النية عند بدء الحيازة (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٩) - وإذا كان الحائر حسن النية وقت بدء الحيازة ، تملك المنقول ، ولا يهم أن يصبح سيء النية بعد ذلك . فاذا علم بعد لحظة واحدة من حيازته للمنقول أن المتصرف غير مالك له ، فان هذا العلم لا يؤثر في ملكيته للمنقول بعد أن تملكه بالحيازة (بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧) . وانظر عكس ذلك وأن الحائر يعتبر سيء النية ويكون مسئولاً جنائياً في حكين من محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية (١٨ يوفية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٩٢ - ٧ يولية سنة ١٩٤٤ Sem. Jur. الأسبوع القضائي ١٩٤٧ II ٣٤١٠) ، وانظر نقداً لهذين الحكمين الشاذين في مازو فقرة ١٥٣٥ ، وانظر أيضاً مارك ورينو فقرة ٢٩٤ ص ٢٨٥ .

(٣) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٥ .

(٤) وفي فرنسا حيث لا يوجد نص صريح في تحديد الوقت الذي يجب توافر حسن النية فيه قام خلاف في الرأي ما بين وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة . أنظر في هذا الخلاف بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ . وانظر في أن الوقت الذي يعتد به هو وقت بدء الحيازة : بلانيول وريير وبيكار ٢ فقرة ٢٨١ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١ - نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٧٢ - وانظر في أن يكون الحائر حسن النية في وقت تلقى الحق وفي وقت بدء الحيازة بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧ - مارك ورينو فقرة ٢٩٤ ص ٢٨٥ - نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩٥٢ III Bull. civ. ٨ .

مجب أن يتوافر فيه حسن النية على وقت تلقى الحق . وينبغي على ما قدمناه أن الموصى له بمنقول ، إذا كانت الوصية صادرة من غير المالك ، يجب حتى يملك المنقول بالحيازة أن يكون حسن النية وقت تسلمه المنقول الموصى به ، ولا يكفي حسن نيته وقت موت الموصى ، بل ولا وقت قبول الوصية . وإذا حدث أن المنقول كان في حيازة الحائر قبل صدور السبب الصحيح ، كان تسلمه بعقد إيجار ثم اشتراه من المؤجر وكان هذا لا يملك المنقول ، أو تسلمه بتصرف قانوني معلق على شرط واقف ثم تحقق الشرط ، وجب أن يتوافر حسن النية وقت الحيازة ، ولكن لا في وقت بدايتها ، بل في الوقت الذي اشترى فيه الحائر المنقول أو في الوقت الذي تحقق فيه الشرط الواقف .

وحسن النية يفترض دائماً، ما لم يتم الدليل على العكس (م ٩٦٥ مدني) . وقد طبقت المادة ٣/٩٧٦ مدني هذا المبدأ تطبيقاً خاصاً في تملك المنقول بالحيازة، فنصت كما رأينا (١) على ما يأتي : « والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . وعلى ذلك لا يكلف حائر المنقول أن يثبت إلا الحيازة وحدها (٢) ، فإذا ما أثبتنا افتراض القانون أن هذه الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح (٣) . ويستوى أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائر من أن المتصرف في المنقول هو المالك له غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون ، نفي الحالتين يفترض في الحائر أنه حسن النية حتى يقيم المالك الحقيقي للمنقول الدليل على العكس (٤) . فإذا ادعى هذا المالك أن الحائر ساء النية وأنه كان يعلم وقت بدء الحيازة أن المتصرف غير مالك ، فعلى المالك يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائر بجميع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) استئناف وطني ٣ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٨٧ ص ٢٧٠ - استئناف مخطط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٨ - جـد المتم فرج الصلة فقرة ٤٤٧ ص ٦٨٨ .

(٣) نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٤ ورقم ٥ - استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٥١٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٤ .

طرق الإثبات لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن (١) .
وكثيرا ما يلجأ المالك ، في إثبات سوء نية الحائز ، إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ
الاحتياطات البديهية التي تملها الظروف الملازمة للتثبت من ملكية المتصرف
للمنقول . ويتخذ من ذلك قرينة على أن الحائز كان يعلم ، أو كان ينبغي أن
يعلم ، أن المتصرف غير مالك للمنقول ، وأن الغلط الذي وقع فيه في هذا
الشأن كان غلطا غير مغتفر ، مما ينتق مع حسن النية (٢) .

ب - الآثار التي تترتب على تطبيق القاعدة

٤٤٦ - **الآثر المكسب والآثر المسقط** : إذا توافرت الشروط الأربعة
التي بسطناها فيما تقدم ، فإن الحائز للمنقول أو للحق العيني المنقول يصبح مالكا
للمنقول أو صاحبا للحق العيني ، وهذا هو الآثر المكسب للقاعدة . وإذا كان
المنقول مثقلا بتكاليف أو قيود عينية ، كرهن حيازة أو حق انتفاع ، ووضع
الحائز يده على المنقول باعتباره خاليا من هذه التكاليف والقيود ، فإنه يملك
المنقول خالصا منها ، إذ هي تسقط أيضا بالحيازة ، وهذا هو الآثر المسقط
للقاعدة .

٤٤٧ - **الآثر المكسب** : وقد رأينا فيما تقدم أن الحائز للمنقول بسبب
صحيح وبحسن نيته ، يكسب ملكيته بمجرد الحيازة ومن ثم كانت الحيازة
وحدها سببا من أسباب كسب ملكية المنقول ، ولم يكسب الحائز الملكية بالسبب
الصحيح لأنه صادر من غير مالك ، وإنما كسبها بالحيازة المصحوبة بالسبب
الصحيح والمقترنة بحسن النية .

وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا وضع الحائز يده على حق عيني في منقول ،
كحق انتفاع أرض رهن حيازة . فالحائز يكسب حق الانتفاع أو حق رهن
الحيازة ، لا بالسبب الصحيح لأنه صادر ممن لا يملك ترتيب هذا الحق ، بل
بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية .

(١) استئناف مخطوط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٢ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٨

م ٢١ ص ١٠٦ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٥١٠ .

(٢) بودري وتيسيه ققرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٣٨١ -

كاربونيه ص ٢٥٥ .

فاذا رفع المالك الحقيقي للمنتقل دعوى استحقاق يطالب بموجبها الحائز ببرد المنقول إليه ، كان للحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق هذه بأنه تملك المنقول بالحيازة ، أو تملك بها حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة . فلا يستطيع المالك أن يسترد المنقول أصلا من الحائز ، أو لا يستطيع أن يسترده إلا مثقلا بحق الانتفاع أو بحق رهن الحيازة لمصلحة الحائز (١) . وهذا بخلاف ما إذا كانت شروط القاعدة لم تتوافر ، فان المالك الحقيقي في هذه الحالة يستطيع أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز غير مثقل بأي حق عيني ، وذلك بموجب دعوى الاستحقاق . ولا يستطيع الحائز أن يرد هذه الدعوى إلا إذا تملك المنقول أو الحق العيني بالتقادم المكسب انطويل ، أي بعد حيازة تدوم خمس عشرة سنة وفقا للقاعدة المقررة في هذا التقادم (٢) .

ويستطيع الحائز الذي تملك المنقول بالحيازة وفقا للقواعد التي بسطناها فيما تقدم ، ليس فحسب دفع دعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه المالك الحقيقي . بل أيضا دفع دعوى الإبطال أو الفسخ التي يرفعها عليه شخص باع مثلا المنقول لشخص آخر بعقد قابل للإبطال أو للفسخ ، واشترى الحائز هذا المنقول من المشتري ، ثم أبطل البائع الأول البيع أو فسخه ، وطالب الحائز ببرد المنقول المبيع مستندا إلى الأثر الرجعي للإبطال أو الفسخ . ذلك لأن البائع الأول : لما أبطل البيع أو فسخه ، جعل المشتري منه غير مالك للمنتقل ، ويكون البيع الصادر من هذا الأخير للحائز صادرا من غير مالك . فتوافر في الحائز ، إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الإبطال أو الفسخ ، شروط تملك المنقول بالحيازة . ومن ثم يستطيع أن يرد دعوى البائع الأول ، فان هذه الدعوى ليست في الواقع من الأمر ، بعد الإبطال أو الفسخ ، إلا دعوى استحقاق يجوز للحائز ردها إذا أنه تملك المنقول بالحيازة (٣) .

وعلى العكس من ذلك ، لا يحول تملك الحائز للمنتقل بالحيازة دون الدعاوى الشخصية الناشئة من عيوب السبب الصحيح . فاذا كان السبب الصحيح أي التصرف القانوني الذي تلقى به الحائز الحيازة من غير المالك ، قابلا للإبطال

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ . بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٢٨٤ .

(٢) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٢٨٤ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أو للفسخ ، فإن غير المالك الذى تصرف فى المنقول للحائز يستطيع أن يرفع هذه الدعاوى الشخصية على الحائز . وإذا كان المالك الحقيقى دائنا لمن تصرف فى المنقول بسبب أن هذا الأخير قد انتزع منه الحيازة أو تصرف فى منقول لا يملكه ، فإن المالك الحقيقى يستطيع أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ باسم مدينه ، فيسترد المنقول لهذا المدين ، ثم يسترده منه بدوره بدعوى استحقاق يرفعها عليه (١) .

٤٤٨ - الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب - نظرية

التقادم الفورى : ببق أن نعرف على أى أساس قانونى يقوم تملك الحائز للمنقول .

هناك نظرية قديمة تذهب إلى أن الحائز يملك المنقول بالتقادم ، ولما كان الحائز ليس فى حاجة حتى يملك المنقول إلى أن تدوم الحيازة وقتا ما ، فإن التقادم هنا يكون تقادما فوريا (*prescription instantanée*) لا يحتاج إلى مرور الزمن . والقائلون بهذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين (٢) تأثروا كثيرا بالمكان الذى وردت فيه المادة ٢٢٧٩ فى التقنين المدنى الفرنسى . فقد ورد هذا النص ضمن النصوص التى عرضت للتقادم وفى الفصل ذاته الذى أورد مدد التقادم ، متدرجا من التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة ، إلى التقادم المكسب القصير ومدته من عشر إلى عشرين سنة ، إلى أنواع أخرى من التقادم تتفاوت مددها من خمس سنوات إلى ستة أشهر ، حتى وصل إلى المادة ٢٢٧٩ وفيها التقادم لا تدوم مدته إلا لحظة واحدة . ويقول هؤلاء الفقهاء إن هذا يتفق مع التطور التاريخى الذى مرت به قاعدة تملك المنقول بالحيازة . فقد كان المنقول فى القانون الرومانى تكسب ملكيته بالتقادم كالعقار ، وانتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم فى بعض عهوده . واقتضى استقرار التعامل فى المنقول إنقاص مدة التقادم فيه شيئا فشيئا ، ثم انتهى الأمر إلى إلغاء المدة بتاتا . ولم تتغير طبيعة نظام تملك المنقول بإلغاء المدة ، فلا يزال المنقول يملكه الحائز بالتقادم وإن أصبحت مدته لحظة واحدة . ولا يزال الحائز

(١) بودرى وتيسيه ققرة ٨٨٠ .

(٢) ديولومب ٩ ققرة ٦٢٢ - ماركاديه المادة ٢٢٧٩ ققرة ١ - *Léger* فى النظرية

العامة فى التقادم المسقط رسالة سنة ١٨٩٧ ص ٣٢٥ وما بعدها .

كما هو الأمر في كل تقادم مكسب ، يكسب ملكية ، الشيء ومجرد المالك الحقيقي منها لا اعتبارات تتعلق باستقرار التعامل .

وهذه النظرية بادية الضعف ، ولم يعد يقول بها أحد من الفقهاء المحدثين . ذلك أن التقادم معناه مرور الزمن ، والتقادم بغير مرور الزمن لا يكون تقادما ، وعبارة « التقادم الفوري » عبارة ينقض بعضها بعضا إذ أن التقادم ينشأ الفورية . والقول بأن الحيازة هنا تدوم لحظة واحدة فيتحقق التقادم قول لا يقوم على أساس ، إذ أن التقادم يقتضي مرور الزمن ، ومرار الزمن لا يتحقق إلا إذا دامت الحيازة وقتا ما ولو كان قصيرا . فأن تدوم الحيازة لحظة واحدة ويقال إن هذا هو مرور الزمن ، فتي إذن تقوم حيازة دون أن يصحبها مرور الزمن ! وأما المكان الذي اختاره التتئين المدني الفرنسي لتملك المنقول بالحيازة بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، فلا يفيد حتما أن تملك المنقول بالحيازة يقوم على أساس التقادم . فقد يورد المشرع نصا يقوم على أساس معين ، ثم يورد إلى جانبه نصا يقوم على أساس مناقض للأساس الأول ، ويكون الجامع بين النصين جامع الضدية لا جامع التماثل . ومنذ كان المنقول ، في القانون الروماني وفي بعض عهود القانون الفرنسي القديم ، يملك بحيازة تدوم وقتا معينا ، كان تملكه يقوم على أساس التقادم حقا ، واستمر يقوم على أساس التقادم حتى بعد إنقاص المدة شيئا فشيئا ما دامت هناك مدة ما . فلما ألغيت المدة بتاتا ، لم يعد يجوز القول إن تملك المنقول يقوم على أساس التقادم ، وإنما هو يقوم على أساس الحيازة وحدها مجردة من أية مدة للتقادم . وهذا ما قاله Bourjon نفسه ، وهو الفقيه الذي نقل عنه التتئين المدني الفرنسي نص المادة ١/٢٢٧٩ ، إذ يقرر في هذا الصدد : « إن التقادم ليس له أي اعتبار في شأن المنقول ، إذ أن الحيازة وحدها بالنسبة إلى هذا النوع من المال تنتج كل آثار سند التملك المتكامل » (١) .

٤٤٩ - نظرية القرينة القانونية غير القابلة للاستدلال العكسي :

وأبرز القائلين بهذه النظرية أو يرى ورو وبارتان (٢) ، فهم يقولون إن الحيازة بذاتها

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٣٨٦ .

(٢) وانظر أيضاً بلانيول الطبعة الثانية فقرة ١١٤٦ - جيوار ٢ فقرة ٨١٨ - فقرة

٨١٩ - ميك ١٤ فقرة ٥٠٥ .

تنشئ على الفور لمصلحة حائز المنقول قرينة على ملكيته للمنقول . وهي قرينة مطلقة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس ، ويستطيع الحائز بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق للمنقول ^(١) . فالحيازة إذن ، في هذه النظرية ، لا تكسب بذاتها الملكية للحائز ، ولكنها تفترض أن الحائز يملك المنقول ملكية موجودة من قبل ، وليست الحيازة إلا قرينة على وجودها . وهذه القرينة لا يقبل من مدعى الاستحقاق دحضها بإثبات العكس وأنه هو لا الحائز الذي يملك المنقول ^(٢) ، فيقف مدعى الاستحقاق أمام هذه القرينة القاطعة عاجزا لا يستطيع إثبات عكسها ، ومن ثم يخسر دعوى الاستحقاق ، ويحكم عليه برفضها ، ويقضى للحائز بالملكية .

وضعف هذه النظرية ، في رأينا ، أننا لو أخذنا بأن الحيازة في المنقول قرينة قاطعة على ملكية الحائز ، فإن من المسلم به في القرائن القاطعة أن من وجدت هذه القرينة القاطعة في مصلحته له أن يتزل عنها بالإقرار أو بالنكول عن اليمين ، فكل القرائن القاطعة قابلة للنقض بالإقرار أو اليمين . ولم يقل أحد إن لحائز المنقول أن يتزل عما رتبته الحيازة في مصلحته من كسب ملك المنقول ، بأن يقر أن مدعى الاستحقاق كان هو المالك الحقيقي وأنه إنما تلقى المنقول من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك ، أو بأن ينكل عن اليمين التي توجه إليه في هذا الشأن . فلكية الحائز للمنقول ملكية بآنة مستقرة ، لا تقبل النقض لا بالإقرار ولا باليمين . وهناك فرق بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية ، فالقرينة القاطعة هي قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية ، وإذا كانت لا تقبل إثبات العكس فانه يجوز دائما نقضها بالإقرار أو اليمين . أما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين ، وهي إذا كانت تبني كالقرينة القانونية على الكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أن عامل الراجح الغالب الوقوع

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٤ - ص ١٤٧ وتعليق بارتان في ص ١٤٦

هامش ٣ .

(٢) ومع ذلك فهناك أحكام قديمة لمحكمة الاستئناف المختلطة تقضي بأن القرينة قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات ، حتى بالقرائن المضادة (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٦١ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣) .

فيها يَحْتَنِي وراءها فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة من المعلوم . فتنى تقررت القاعدة الموضوعية توارت العلة خلفها ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور ، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بعلة فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة ، وهذا هو المعنى المقصود من أن القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين (١) . وقاعدة تملك المنقول بالحيازة قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية قاطعة ، إذ هي كما قدمنا لا يمكن نقضها بالإقرار أو اليمين (٢) .

صحيح أن الحيازة في المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز ، ولكن ليس ذلك في الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق وهو الأمر الذى تبحثه هنا (٣) ، بل في الحيازة باعتبارها طريقا للإثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع النزاع بينهما فيمن هو المالك . وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية ، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة ، بل تقبل إثبات

(١) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٢٧ .

(٢) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد ، في الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام في الإثبات ، ما يأتى : « فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحصى حائز المنقول حسن النية بصلاح أقوى من صلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يجوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية مالكا له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعمها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ، وتلك اعتبارات طلياً يستقل بتقديرها ، ويملك زمامها ، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة ، تارة يكتفى بقرينة قانونية غير قاطعة ، وطولدا يحمل القرينة القانونية قاطعة ، وأخرى يرتفع من نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يوتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانونى الحماية التى تناسبه (الوسيط ٢ فقرة ٢٢٧ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣) .

(٣) وكيف يتأتى أن تكون الحيازة قرينة على الملكية في هذه الحالة ، مع أن الثابت أن الحائز قد تلقى المنقول من غير المالك ، وكيف تقوم الحيازة قرينة على أمر قد ثبت حكمه إذ لا يمكن أن يكون الحائز قد تلقى الملكية من غير المالك (أنظر في هذا المعنى بلانيول وديير ويكار ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٢٨٨) .

العكس ، وللمالك أن يثبت مثلاً أن حيازة الحائز حيازة عرضية أو أن هذه الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة (١) .

٥٠ - نظرية أنه الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكية

بحكم القانون : والنظرية الثالثة ، وهي النظرية الصحيحة في نظرنا ، تذهب إلى أن الحيازة في المنقول ليست تقادماً كما تقول النظرية الأولى إذ لا يشترط في الحيازة أن تدوم وقتاً ما ، وليست مجرد قرينة ولو قاطعة على سبق وجود الملكية عند الحائز كما تقول النظرية الثانية إذ لو كانت مجرد قرينة لأمكن نقضها بالإقرار أو اليمين . وإنما الحيازة في المنقول هي وحدها ، وبذاتها ، التي تكسب الحائز ملكية المنقول ، فالحيازة تكون على هذا الاعتبار سبباً من أسباب كسب الملكية . والقانون هو الذي جعلها كذلك ، فالحائز إذا تملك المنقول بالحيازة ، فأنما يكون ذلك بحكم القانون . ومن أجل ذلك يجعل القائلون بهذه النظرية تملك المنقول بالحيازة حالة من حالات التملك تحكم القانون *(un cas d'acquisition lege)* (٢) . وهي تشبه حالة التملك بالاستيلاء *(occupation)* ، في أن القانون في كل من الحالتين يجعل الحائز يملك فوراً بالحيازة . ولكنها تخالفها في أن تملك المنقول بالحيازة يفترض أن المنقول كان مملوكاً للمالك سابقاً ، ولذلك تشدد القانون فاشترط أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية (ومصحوبة بالسبب الصحيح في القانون المصري) حتى تنتقل الملكية من المالك السابق إلى الحائز ، في حين أن التملك بالاستيلاء يفترض أن المنقول لم يكن قبل الاستيلاء مملوكاً لأحد فيملكه الحائز ابتداءً ، ولذلك لم يشترط القانون أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ولا مصحوبة بالسبب الصحيح (٣) .

(١) أنظر في ذلك آتياً فقرة ٤٢٧ - وانظر في تفنيد نظرية أن الحيازة قرينة قاطعة على الملكية يودى وتيسيه فقرة ٨٢٢ ص ٦٦٤ .

(٢) ولا ترى فرقاً بين القول بأن الحيازة هي ذاتها سبب لكسب ملكة المنقول ، والقول بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون ، إذ القانون هو الذي جعل الحيازة سبباً لكسب ملكة المنقول ، كما جعل العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب مصادر للالتزام . وفي رأينا أن الذين يقولون بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون ، إنما يقصدون القول بأن القانون جعل الحيازة سبباً لكسب ملكة المنقول (قارن مع ذلك مازو فقرة ١٥٤٠) .

(٣) بلانول وديير ويكلر ٢ فقرة ٢٨٧ .

وهذه النظرية هي التي أخذ بها التقنين المدني المصري ، كما هو ظاهر من الترتيب الذي اتبعه . فقد عرض لأسباب كسب الملكية في فصل واحد ، فبدأ بالاسنيلاء ، وأعقبه بالميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة ، وختم أسباب كسب الملكية بالحيازة . فجعلها سببا لكسب الملكية ، تارة مصحوبة بالتقادم كما في التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير ، وطورا بذاتها غير مصحوبة بأي تقادم كما في تملك المنقول بالحيازة الذي نحن بصدده وتملك الثمار بالقبض - وعلى هذه النظرية أجمع الفقه في مصر (١) .

وهذه النظرية نفسها هي التي أخذ بها في فرنسا كثير من الفقهاء القدامى (٢) ثم أخذ بها الفقهاء المحدثون (٣) ، فاستقرت أخيرا في الفقه الفرنسي . ولا يلتقي الفقهاء الذين يأخذون بها بالا إلى المكان الذي وضع فيه التقنين المدني الفرنسي المادة ٢٢٧٩ بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، إذ ليس مستغربا أن يضع المشرع بين نصوص التقادم قاعدة يستبعد فيها التقادم فالتناسب واضحة . ويزداد وضوح المناسبة إذا أخذ في الاعتبار أن المنقول المسروق أو الضائع يمكن استرداده من الحائز حسن النية في مدة ثلاث سنوات ، فكان لا بد من ذكر القاعدة أولا ثم إيراد هذا الاستثناء عليها . هذا إلى أن هذه النظرية هي التي أخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم ، ومنهم (Bourjon) ، وعندهم نقل التقنين المدني الفرنسي نص المادة ٢٢٧٩ ، فيكون قد نقل هذا النص بالأساس القانوني الذي أقامه عليه هؤلاء الفقهاء . فالقانون إذن هو الذي أكسب حائز المنقول الملكية بمجرد الحيازة ، بالرغم من أن هذا الحائز قد تعامل مع غير المالك (٤) ،

(١) أنظر شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٠٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٢ ص ٥٨٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ - منعم مصطفى منصور فقرة ١٨٤ ص ٤٣٧ - حسن كيرة ص ١٠٣ - وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٩٥ .
(٢) أنظر كوليبيدي سانيير ٨ فقرة ٣٨٧ مكررة - لوران ٢٢ فقرة ٥١ - ويرانتون ٢١ فقرة ٩٧ - ترولون فقرة ١٠٥٢ وما بعدها - بفتوار ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٣١ وقرة ٨٣٢ - بلانيول وريبير ورد كار فقرة ٣ ٣٨٨ - كولان وكاييتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢١١ .

(٤) وعلى ذلك يصبح الحائز مالكا دون حاجة إلى التمسك بالقاعدة ، بل حتى لو رفض التمسك بها ، فتقضى له المحكة بالملكية من تلقاء نفسها . وهذا ينافي التمسك بالتقادم ، حيث يجب التمسك بالتقادم ولا تقضى به المحكة من تلقاء نفسها وتكون ملكية الحائز للمنعزل ملكية غير قابلة للتقضى ، حتى لو أصبح سيء النية بعد الحيازة ، كما سبق القول . وإلّا أراد أن يرد المنقول إلى مالكه السابق ، فأنما يكون ذلك من طريق الهبة ، أي بعقد جديد يعيد نقل الملكية من الحائز إلى المالك السابق (أنظر مازو فقرة ١٥٣٨) .

وذلك رعاية لحسن النية وحماية لاستقرار التعامل في المنقول (١) .

٤٥١ - الأثر المسقط : وكما أن لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أثر اكتساب

يتمثل في كسب الحائز للملكية المنقول أو للحق العيني على المنقول على الوجه الذي بسطناه ، كذلك لهذه القاعدة أثر مسقط يتمثل في إسقاط التكاليف والقيود العينية التي يكون المنقول مثقلاً بها فيتملك الحائز المنقول خالصاً من هذه التكاليف والقيود كما سبق القول (٢) .

وعلى ذلك إذا وضع الحائز حسن النية يده على منقول بعد أن اشتراه من غير المالك ، وكان هذا المنقول مرهوناً رهن حيازة من المالك الحقيقي للمنقول وخرج من حيازة الدائن المرتهن لسبب ما ، واستولى عليه شخص غير المالك وباعه للحائز حسن النية على ما قدمنا ، فإن هذا الحائز لا يكسب بالحيازة ملكية المنقول فحسب ، بل أيضاً يكسب هذه الملكية خالصة من رهن الحيازة الذي كانت مثقلة به . فيضيق في هذا القرض على المالك الحقيقي ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة وهذا هو الأثر المكسب ، وفي الوقت ذاته يضيغ على الدائن المرتهن رهنه الحيازي رهنه الذي سقط بالحيازة أيضاً وهذا هو الأثر المسقط (٣) .

(١) أنظر بودري وتيسيه فقرة ٢٨١ - بلانيولو ريبير ويكار ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٢٨٨ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٤٤٦ وانظر الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني آتفاً فقرة ٤٣٥ -

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «الحيازة لا تكسب المنقول فحسب ، بل هي أيضاً تزيل التكاليف والقيود العينية التي تنقل المنقول . فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون حيازة ، ملكه في الحال خالصاً من الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(٣) وهنا قد ترتب الأثران المكسب والمسقط معاً . وقد يترتب الأثر المسقط وحده ، فيما إذا تلقى الحائز حسن النية المنقول المرهون من المالك على أنه خال من الرهن ، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط . ويكون السبب الصحيح هنا تصرفاً صادراً من المالك لم يذكر فيه ما يثقل العين من رهن (إسماعيل غانم ص ١٢٨ - ص ١٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ١٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٦ - حسن كيرة ص ١١٩ - ص ١٢١) - وإذا رهن المالك المنقول ثم اغتصبه أو اختلسه من الدائن المرتهن ، وباعه لمن حازه بحسن نية على أنه خال من الرهن ، فإن عمل المالك يتطوى على ضرب من السرقة هو «سرقة الضمان» (vol de gage) . فيستطيع الدائن المرتهن أن يسترد المنقول باعتباره دائناً مرتبناً له رهن حيازة في ظرف ثلاث سنوات من وقت خروج المنقول من حيازته (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٤٧ - إسماعيل غانم ص ١٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٥٠ - وانظر عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٩) .

كذلك إذا كان المنقول قد رتب عليه المالك حق انتفاع ، ثم استولى على المنقول شخص غير المالك وغير صاحب حق الانتفاع وباعه إلى حائز حسن النية ، فإن هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة ، ويملكه خالصا من حق الانتفاع . فيضيق على المالك ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة بفضل الأثر المكسب ، كما يضيّق على صاحب حق الانتفاع حقه الذي سقط بالحيازة أيضا بفضل الأثر المسقط .

وإذا كان المنقول عقارا بالتخصيص تابعا لعقار مرهون رهنا رسميا ، ونزعه غير المالك عن العقار وباعه لحائز حسن النية ، فإن هذا العقار بالتخصيص يصبح بعد نزعه من العقار منقولا ، ويكسب الحائز بالحيازة ملكيته خالصة من الرهن الرسمي الذي كان مرتبا عليه هو والعقار عند ما كان عقارا بالتخصيص .

وغني عن البيان أن المفروض ، في كل الأحوال المتقدمة ، أن الحائز عندما حاز المنقول كان حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول وبالنسبة إلى الحق العيني الذي كان يتقل المنقول . فيكون الحائز قد اشترى المنقول من شخص يعتقد أنه المالك وقت الحيازة ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول . ويكون الحائز في الوقت ذاته لا يعلم وقت الحيازة أن المنقول مثقل بحق رهن حيازة أو بحق انتفاع أو بحق رهن رسمي على أساس أنه كان عقار بالتخصيص ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى الحق العيني الذي يتقل المنقول .

وكذلك الحكم فيما إذا كان لشخص حق امتياز على منقول ، كحق امتياز للمؤجر أو حق امتياز صاحب الفندق ، ونقل المال من العين المؤجرة أو من الفندق على الرغم من معارضة المؤجر أو صاحب الفندق أو على غير علم منه . فإن المنقول المثقل بحق الامتياز إذا انتقل إلى حائز حسن النية ، كسب هذا الحائز ملكية المنقول خالصة من حق الامتياز (انظر المادة ١١٤٣/٥ مدني والمادة ١١٤٤/٢ مدني (١) .

(١) انظر أيضا ، فيما يتعلق بزوال حق الامتياز بفضل الأثر المسقط ٢ المادة ١١٢٢/١ مدني والمادة ١١٤٥/١ مدني . - وانظر بودي وتيسه قرة ٨٧٩ .

أما إذا كان هناك منقول منع من التصرف فيه عقد أو وصية (م ٨٢٣ مدني) ، وباعه غير المالك لحائز حسن النية ، يجهل أن البائع غير مالك ويجهل أن المنقول مثقل بتكليف هو المنع من التصرف ، فإن البيع الصادر من غير المالك إلى الحائز يكون باطلا وفقا لأحكام المادة ٨٢٤ مدني . ولما كان البيع الباطل لا يصلح أن يكون سببا صحيحا في تملك المنقول بالحيازة ، فإن الحائز بالرغم من حسن نيته يتقصه السبب الصحيح . ومن ثم لا يملك هذا المنقول بالحيازة ، لا خالصا من تكليف منع التصرف ولا مثقلا بهذا التكليف (١) .

٤٥٢ - الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المسقط : ويقوم الأثر المسقط على نفس الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المكسب . فتسقط التكاليف والقيود العينية بالحيازة وحدها ، متى كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، وذلك بحكم القانون . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني ، كما رأينا (٢) على ذلك صراحة إذ تقول : « فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ذلك لأن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا : أثرا مكسبا وأثرا مسقطا . فبمجرد

(١) والقائلون بأن البيع الوارد على خلاف الشرط المانع ليس يبطل يخلصون من ذلك بأن البيع يصلح أن يكون سببا صحيحا ، ويصلون الأثر المسقط لقاعدة الحيازة ، فتنتقل ملكية المنقول إلى الحائز خالصة من تكليف منع التصرف (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٤٧ وفقرة ٧٧ ص ٩٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٩ - ص ١٤٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨ - حسن كبيرة ص ١٢١) .

وانظر في إعمال الأثر المسقط قضية باع المالك فيها متقولا وشرط الاحتفاظ بملكه حتى يوفى إليه ثمنه كاملا وأن له أن يسترده من تحت يد كائن من كان ، وذهب المشتري المنقول لزوجته فتملكته بالحيازة وهي حسنة النية بالرغم من وجود هذا الشرط (نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

توفرها ، تكسب الحائز الملكية : وتسقط التكاليف . ومنى تبين هذان الأثران التميزان ، أصبحنا في غنى عن النظرية الفقهية التي تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هي لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا (١) . وتشير المذكرة الإيضاحية بهذا القول إلى نظرية فقهية تذهب إلى أن الحيازة سبب منشئ للملكية جديدة منبئة الصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق (٢) . وقد سبق أن عارضنا هذه النظرية ، وقلنا في معارضتها ما يأتي :

« كذلك التملك بالحيازة . . . يواجه مالكا سابقا ، فينقل ملكيته هي ذاتها إلى الحائز ، ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأيد في انتقالها . فما دام الشيء مملوكا وكان باقيا لم يهلك ، فان الملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها .. فما دام الشيء باقيا فان الملكية تبقى دائما ، والذي يتبدل هو المالك لا الملكية ... ويستخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سيان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سيان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعا ، سواء كان نقل الملكية فيما بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية . أما الالتصاق والحيازة ، فانهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ - وانظر في هذا المعنى جمال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب الحقوق ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - محمد كامل مرسى : فقرة ٤٣٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ ص ٢٢٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ .

(٢) ومن أنصار هذه النظرية بلايول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - مازو فقرة ١٥٣٩ .

الملكية ، بل هما يتقلانها ، ولكن دون استخلاص . وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته .. فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق ، (١) . ونرى من ذلك أن الحيازة لا تنشئ ملكية جديدة كما ذهب القائلون بالنظرية التى نعارضها . بل هى تنقل نفس الملكية من المالك السابق إلى المالك الجديد . ولكن المالك الجديد فى الحيازة لا يخلف المالك السابق ، ومن ثم تجلس له الملكية خالية من الأعباء والتكاليف السابقة لأنه ليس يخلف للمالك السابق . وهذا هو الذى يفسر ماورد فى المذكرة الإيضاحية مما ذكرناه سابقا من أنه « متى تبين هذان الأثران المتميزان الأثر المكسب والأثر المسقط ، أصبحنا فى غنى عن النظرية النتهية التى تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هى لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا » (٢) .

§ ٢ - المقررات المسروقة أو الضائعة

٥٣ - نص قانونى : تنص المادة ٩٧٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقدته أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢ فى الهامش .

(٢) نذكر أن ذلك لا يخلو من الغرابة أن يتقيد أحد الفقهاء هذه العبارات فيقول : « ليس العير علينا أن نفهم بالضبط الفكرة القانونية الكامنة وراء هذه العبارات المتناقضة ، إذ كيف يكون من الواضح أن الملكية التى انتقلت بحكم الحيازة هى لم تتغير ، ونرى مع ذلك انتقلت خالصة من التكاليف العينية . ثم كيف يسوغ القول إن الملكية انتقلت بالحيازة ، مع أن الترخيص هو أن من تصرف فى المنقول لم يكن تاركاً له حتى يستطيع أن ينقل ملكيته . أليس من القواعد المنطقية المسلمة أن فائدة الشيء لا يعطيه ؟ فكيف يستطيع فاقده الملكية أن ينقلها إلى غيره ؟ » (محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٩ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) . وقد سبق أن أوضحنا أن الذى ينقل الملكية ليس هو التصرف القانونى لأنه صادر من غير مالك ، بل هى الحيازة ذاتها ، وذلك بحكم القانون .. ثم إن الحيازة تنقل نفس الملكية من المالك إلى الحائز ولكن دون استخلاص ، وهذا هو الذى يفسر أنها تنقل غير مقيدة بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق ، لأن الحائز ليس يخلف لهذا المالك .

٢ - فإذا كان من يوجد الشيء المروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٦-٨٧/١١٥-١١٦ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٤ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٤٢٨ و ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى .
وتطابق المادة ١٤٢٨ الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ مدني كما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما المادة ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى فكانت تجري على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان من يوجد الشيء المروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، جاز له أن يطلب الثمن الذي دفعه ممن يسترد هذا الشيء ، وذلك في ميعاد الثلاث سنوات المنصوص عليها في المادة السابقة » . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، هي المادة ١٠٥٢ في المشروع النهائي ، بعد أن عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على وجه جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٤٩ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٢ - ص ٥١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١١٥/٨٦ : يسقط حق الملك في الشيء المروق أو الضائع بمضي ثلاثينين .
م ١١٦/٨٧ : كل من اشترى مروقاً أو ضائعاً في السوق العام أو ممن يتجر في مثل ذلك الشيء وهو يعتقد ملكية بائنه له ، يكون له الحق في طلب الثمن الذي دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده .
(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٨ (مطابق) .
التقنين المدني الليبي م ٩٨١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٤ : استثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المتقول ، إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح ، في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة .
(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري من وجهين : (١) جعل التقنين العراقي خيانة الأمانة في حكم الضياع أو السرقة أو الغصب ، أما التقنين المصري فيجري القاعدة العامة في حالة خيانة الأمانة ، بل إن هذه القاعدة لا تجري عادة إلا في هذه الحالة . (٢) لم ينص التقنين العراقي على حق الحائز حسن النية ، الذي اشترى المتقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، في استرداد الثمن من المالك مع حبس المتقول حتى يستوفى منه هذا الثمن ، وقد نص التقنين المصري على ذلك) .

ويخلص من هذا النص أن مالك المتقول ، إذا لم يخرج المتقول من حيازته بإرادته حيث تطبق القاعدة العامة في تملك المتقول بالحيازة وقد سبق تفصيلها ، بل خرج المتقول من حيازته بغير إرادته بأن سرق منه أو ضاع ، يعامل معاملة أفضل لأن المتقول انتزع من حيازته بالرغم منه . فيجوز له ، أولا ، أن يسترد المتقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه ولم يردده . ويجوز له ، ثانيا ، أن يسترد هذا المتقول أيضا ممن انتقل المتقول إلى حيازته إذا كان هذا الحائز سيء النية . ويجوز له ، أخيرا ، أن يسترد المتقول من حائز حسن النية ولكن في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . ويرجع الحائز حسن النية في هذه الحالة ، إذا رد المتقول إلى مالكه ، بالضمان على من يجب عليه الضمان . وإذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المتقول في سوق عمومي أو في ظروف مشابهة ، فانه يستطيع أن يمتنع عن رد المتقول إلى مالكه حتى يعجل له المالك الثمن الذي دفعه . ويرجع المالك في هذه الحالة الأخيرة على المشتري بالثمن الذي عجله للحائز .

فهذه جملة من المسائل تعرض لها تباعا على الوجه الآتي : (١) من له حق استرداد المتقول المسروق أو الضائع . (٢) استرداد المتقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه . (٣) استرداد المتقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سيء النية . (٤) استرداد المتقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو حسن النية ، والمدة التي يسترد فيها ، ورجوع الحائز حسن النية بالضمان . (٥) متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المتقول المسروق أو الضائع حتى يستوفى من المالك الثمن الذي دفعه . (٦) رجوع المالك بالثمن الذي عجله للحائز حسن النية .

٤٥٤ - من له حق استرداد المتقول المسروق أو الضائع : رأينا (١) أن صدر الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ تنص على أنه « يجوز لمالك المتقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ... » . فالمفروض إذن أن هناك متقولا أو سندا لحامله سرق من مالكه أو ضاع منه ، فيكون له الحق

(١) انظر آتفا فقرة ٤٥٣ .

في استرداده . وإذا اطلقنا فيما يلي كلمة « المنقول » ، فإنها تشمل أيضا السند الحامله (١) .

والمقصود بالسرقة هنا أن تكون سرقة بالمعنى المحدد لها في القانون الجنائي ، فلا تدخل خيانة الأمانة ولا النصب (٢) . فمن أودع منقولا له شخصا ائتمنه عليه ، وباع المودع عنده هذا المنقول لحائز حسن النية فارتكب بذلك جريمة خيانة الأمانة ، ملك الحائز المنقول وفقا للقاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة . ولا يجوز للمالك استرداده منه ، كما كان يسترده لو أن المنقول قد سرق منه أو ضاع ، لأن خيانة الأمانة غير السرقة . بل إن خيانة الأمانة هي المجال المؤلف لتطبيق القاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة (٣) . وكما لا تدخل خيانة الأمانة ضمن السرقة ، كذلك لا يدخل النصب كما قدمنا ، فلو نصب شخص على آخر ، وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال : ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية ، ملك الحائز المنقول ، ولا يجوز للمالك استرداده منه كما كان يسترده لو أن المنقول سرق أو ضاع (٤) . وفيما يتعلق بالسرقة ،

(١) فإذا كان المنقول أوراقا نقدية *billets de banque* أو نقودا معدنية *espèces* ، وجب أن تتمين ذاتيتها على وجه لا يقبل الشك (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩٠ هامش د) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - وانظر هامش ٩ في مناقشة الخلاف في شأن النصب وتغليب الرأي القائل بأن النصب لا يأخذ حكم السرقة بل حكم خيانة الأمانة . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ .

(٣) استئناف مخطط ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣١ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٨٩٧ فقرة ٨٩٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٨٩ .

(٤) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٣ - ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - ص ١٥٠ هامش ٩٠٨ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ .

يعتبر المنقول مسروقاً حتى لو كان السارق غير معروف ، وحتى لو كانت السرقة من السرقات التي يعفى القانون من ارتكبتها من العقوبة^(١). فلو سرق أحد الزوجين من الزوج الآخر منقولاً ، أو سرق المنقول الأصل من أحد فروعه أو الفرع من أحد أصوله ، فإن السارق يعفى من العقاب ، ولكن المنقول يبقى معتبراً أنه مسروق في حكم المادة ٩٧٧ مدني . وينبني على ذلك أنه لو باع السارق في هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية ، جاز للمالك المنقول أن يسرده من الحائز ، ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن السرقة لا عقاب عليها^(٢) ويعتبر المنقول ضائعاً ، ليس فحسب عندما يفقده صاحبه باهمال مباشر أو غير مباشر ، بل أيضاً ومن باب أولى عندما يخرج من حيازة صاحبه بقوة قاهرة ، كأن يكتسحه فيضان أو يضيع في زحام أو عقب تفتيش أو عند جلاء اضطراري عن المكان الذي فيه المنقول^(٣) . وإذا أرسل المنقول إلى عنوان غير صحيح ففقد ، عد ضائعاً ، سواء كان ذلك خطأ المرسل أو بخطأ أمين النقل^(٤) .

-
- (١) أوبري درو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - ص ١٥١ - بودري وتيسيه فقرة ٩٠٠ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ - ولكن إذا صدر حكم ببراءة المتهم من السرقة ، فإن المنقول لا يعتبر مسروقاً (باريس ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ١ - ٦٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ هامش ٢ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٦ - محمد علي عروة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٨ - عبد المنعم البدراري فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٧ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٥٦ ص ١٩٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ .
- (٢) ويلحق بحكم السرقة انتزاع المنقول بالقوة بواسطة قوات مسلحة غير شرعية تابعة للحكومة لم يتم الاعتراف بها دبلوماسياً كحكومة شرعية (السين ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ ص ١٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠) .
- (٣) أوفي أثناء الحرب (نقض فرنس ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ Bull. civil ١٩٤٩ - ٣٦٢ - مازو فقرة ١٥٥٢) - ولكن لا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامع ، ومن يكبح جراح حيوان لم تسر عليه أحكام الأشياء الضائعة ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر حيواناً ضائعاً الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يتول عليها في فترة انطلاقتها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدلّسية ليستولى عليها بعد في حكم السارق (أنظر آنفاً فقرة ١٢ في آخرها في الهامش) .
- (٤) أوبري درو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٦ - وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ - محمد علي عروة ٢ فقرة ١٢٥ ص ١٢٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٥٦ ص ١٩٦

والذى يكون له الحق فى استرداد المنقول المسروق أو الضائع على الوجه المتقدم الذكر هو مالك هذا المنقول . وكذلك يسترده من كان له حق فيه ، كالحائز للمنقول حيازة مقرونة بنية التملك ، وصاحب حق الانتفاع فى المنقول ، والمرتهن للمنقول رهن حيازة . بل يستطيع أن يسترده الشخص الذى أودع عنده فالتزم بالمحافظة عليه (١) ، ويكون استرداد المنقول هنا مماثلاً لدعوى استرداد حيازة العقار عندما تعطى هذه الدعوى للحائز العرضى (٢) .

٥٥٥- استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو من عثر عليه : والأصل أن المسترد يسترد المنقول المسروق أو الضائع من أى شخص يكون هذا المنقول فى يده ، ولو كان هذا الشخص حائزاً عرضياً ، وعلى الحائز العرضى أن يدخل فى الخصومة من يحوز المنقول لحسابه (٣) . ولا يمنع استرداد المنقول من تحت يد الحائز ، أن يتخلل هذا غشا عن الحيازة لشخص آخر ، لينتق بذلك استرداد المنقول من تحت يده (٤) .

فإذا كان المنقول لا يزال باقياً فى يد من سرقه أو من عثر عليه ، جاز استرداده من أى منهما فى أى وقت ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع التقادم ، إلا إذا تملك المنقول السارق أو من عثر عليه بالتقادم المكسب الطويل (٥) . فإذا بقى أى من

(١) ولا يطلب من المسترد أن يثبت ملكيته للمنقول المسروق أو الضائع ، بل يمكن أن يثبت أنه كان حائزاً له وقت السرقة أو الضياع ، ويثبت خرق ذلك واثمة السرقة أو الضياع . ويجوز له أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، ويدخل الإثبات باليمين أو القرائن ، لأنه إنما يثبت وقائع مادية (بودرى ونيسيه فقرة ٨٨٧) . والحكم الجنائى الصادر بالإدانة فى سرقة المنقول له قوة مطلقة ، ويكون دليلاً كافياً على واثمة السرقة (مازو فقرة ١٥٥٢) .

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٨٨٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ - قفنى فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٢٥٣ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ ص ٢٩١ - قفنى فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ ص ٢٩١ - قفنى فرنسى ٧ فبراير ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٢٠١ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٢ - بودرى ونيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ ص ٢٩١ .

هذين حائرا للمنقول بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيابة خالية من العيوب ، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثيرا ما يشوب حيازة السارق لأن هذا يعتمد عادة إلى إخفاء الشيء ، فان المنقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولا يجوز استرداده بعد ذلك .

وفيما يتعلق بالشيء الضائع يجب أن تراعى أحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الخاص بالأشياء أو الحيوانات الضائعة ، وقد عرضنا له عند الكلام فى اللقطة أو الأشياء الضائعة (١) . ويقضى هذا الأمر بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمدة فى القرى ، ويسلمه (٢) . فاذا احتفظ به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، حرم من حقه فى العشر وقضى عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش ، وهذا هو جزاء عدم التبليغ فقط . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو وجدت بعد ذلك ، فانه يكون فى حكم السارق . ويستطيع المالك بدعوى الاستحقاق أن يسترد الشيء منه كما يسترده من السارق على ما قدمنا ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع ، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم (٣) . ولكن يستطيع من عثر على الشيء ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) فاذا لم يطالب به مالكة ، يبيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى بواسطة الإدارة ، ويصح تقصير الميعاد الذى يتم بعده البيع إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن ، وتحتفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فاذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه فانه يؤول إلى الدولة .

ويستطيع من رسا عليه مزاد المنقول الضائع ، إذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق ، أن يرد هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فاذا لم تنقض هذه المدة ، حق للمالك أن يسترد المنقول الضائع بدعوى الاستحقاق ، على أن يرد لمن رسا عليه المزاد الثمن الذى دفعه هذا لأنه اشترى المنقول فى المزاد . ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذى أودع لحسابه ، بعد استئزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع . أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ١٢ فى آخرها .

(٣) ولكن يبدو أن من عثر على الشيء الضائع لا يلتزم التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه ، لأن واقعة العثور على المنقول الضائع لا ترتب التزاماً شخصياً فى قمة من عثر -

كما يستطيع السارق : أن يملك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل إذا ظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها ، كما سبق القول .

٤٥٦ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سىء النية :

فإذا تصرف في المنقول من سرقة أو عثر عليه ، وكان المتصرف إليه سىء النية ، أى يعلم أن المتصرف لا يملك المنقول ، علم أو لو لم يعلم أن المنقول مسروق أو ضائع ، فإن المالك يستطيع أن يسترد المنقول بدعوى الاستحقاق من هذا الحائز سىء النية ، كما كان يسترده ممن سرق المنقول أو ممن عثر عليه فيما قدمنا . وعلى ذلك يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سىء النية ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد إلا أن يملك الحائز سىء النية المنقول المسروق أو الضائع بالتقادم المكسب الطويل ، بأن يبقى حائزاً له خمس عشرة سنة وتكون الحيازة مستوفية لشرائطها ^(١) .

وإذا لم يستطع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سىء النية بسبب أن هذا قد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فإنه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم ^(٢) .

= هذا المنقول يتسلمه إلا إلى الشرطة ، وجزاء هذا الالتزام الفرامة كما قدمنا . وهذا بخلاف السارق ، فإنه يلتزم التزاماً شخصياً برد المسروق إلى صاحبه ، وهذا إلى جانب دعوى الاستحقاق التي يستطيع بها المالك أن يسترد المسروق من تحت يده (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٢) . وينبغي رأى آخر إلى من عثر على شيء يلتزم التزاماً شخصياً برده إلى صاحبه ، حتى لو لم يحتفظ به بنية تملكه ، لأن واقعة العثور على الشيء في ذاتها ترتب في ذمته هذا الالتزام (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٥ - ٧٠٦ - محمد على مرة ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٢٨) . ونرى أن واقعة العثور في ذاتها على المنقول لا ترتب التزاماً شخصياً برده ، ولكن إذا احتفظ بالمنقول من عثر عليه بنية تملكه ، اعتبر في حكم السارق وارتكب خطأ نحو المالك ، معروفاً كان المالك أو غير معروف ، والترم من عثر على المنقول ، كما يلتزم السارق ، التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٤ .

٤٥٨ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو من

النية صفة الاسترداد - رجوع الحائز منه النية بالتمانة : بقيت حالة ما إذا كان المنقول المسروق أو الضائع قد تلقاه حائز حسن النية ، وهي الحالة التي عرضت لها المادة ١/٩٧٧ مدني فيما رأينا ^(١) إذ تقول : « يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية . وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » . وفي هذه الحالة وحدها نخرج من حدود تطبيق القواعد العامة ولذلك وجب النص كما نرى ، في حين أنه في الحالتين الأوليين ، حالة استرداد المنقول ممن سرقه أو ممن عثر عليه وحالة استرداده من حائز سىء النية ، لم نفعل إلا أن طبقنا القواعد العامة . وقد كانت القواعد العامة تقضي ، في الحالة الأخيرة التي نحن بصددتها وهي حالة استرداد المنقول من حائز حسن النية ، بأن المالك لا يجوز له الاسترداد أصلاً ، لأن المنقول في يد حائز حسن النية فتملكه بالحيازة . ولكن القانون هنا وازن بين مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية : فوجد المصلحة الأولى في حاجة إلى شيء من الرعاية . فالمالك : عندما يخرج المنقول من يده باختياره إلى شخص يخون الأمانة فيبيع المنقول لحائز حسن النية . يكون قد أخطأ في أنه أخرج المنقول من يده باختياره وأضعا ثقته في شخص خان هذه الثقة ، ومن ثم لا نحمل الحائز حسن النية خطأ المالك ، ونجعل هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة . ونمنع المالك من استرداد المنقول . أما إذا خرج المنقول من يد المالك على غير إرادته ، بأن سرق منه أو ضاع ، فإن المالك لا يكون قد أخطأ ، ولذلك يراعى القانون مصلحته إلى حد معين . فيجيز له أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية ^(٢) . وبذلك يضحى مصلحة هذا

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٣ .

(٢) وفي العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز ، لأن بقاء الإجراءات في هذه الدعوى تسمح للحائز باخفاء المنقول . وإنما يلجأ المالك إلى الحجز التحفظي باعتباره مالكا للمنقول وهو في يد الغير ، وهذه حالة من الحالات التي يجوز فيها توقيع الحجز التحفظي . وإجراءات الحجز التحفظي سريعة ، وتتخذ عادة دون علم الحائز ؛ فإذا ما وقع الحجز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه ، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحجز . وفي هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع ، فتحل في العمل محل دعوى الاستحقاق . أنظر في ذلك كار بونيه ص ٢٦٥ - ص ٢٦٦ .

الأخير ويراعى مصلحة المالك . ولكن يضرب للاسترداد أجلا هو ثلاث سنوات لا يستطيع المالك بعد انقضائها أن يسترد المنقول من تحت يد الحائر ، وبذلك يضحى مصلحة المالك ويراعى مصلحة الحائر حسن النية (١) . وفي هذا توازن عادل بين المصلحتين المتعارضتين ، مصلحة المالك ومصلحة الحائر حسن النية .

ويستوى أن يكون الحائر حسن النية قد تلقى المنقول مباشرة ممن سرقه أو ممن عثر عليه ، أو تلقاه من حائر أو حائرين متعاقبين تلقوه من أحد هذين . والمهم أن يكون هو حسن النية ، ولا يهم أن يكون الحائرون المتعاقبون الذين سبقوه حسنى النية أو سيئ النية (٢) . ويستوى كذلك أن يكون حائر الحساب نفسه أو حائر اعرضيا لحساب غيره إذا كان هذا الغير حسن النية ، وفي هذه الحالة الأخيرة يدخل الحائر العرضي الحائر الأصيل خصما في الدعوى (٣) .

والمدة التي يستطيع فيها المالك أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع من الحائر حسن النية هي ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع (٤) . فليس من الضروري إذن أن يستمر الحائر حسن النية على حيازته للمنقول المسروق أو الضائع مدة ثلاث سنوات ، إذ لست هنا في صدد تقادم مكسب مدته ثلاث سنوات . بل يكفي أن يكون قد انقضى على سرقة المنقول أو ضياعه ثلاث سنوات ليمنع على المالك الاسترداد ، حتى لو كان الحائر حسن النية لم تستمر حيازته للمنقول غير سنة واحدة أو حتى غير يوم واحد (٥) . وكما

(١) نقض جنائ ١٨ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائي ١٢ رقم ٨٧ ص ٤٦٨ - استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٩ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ . ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ .

(٢) ولا يجوز رفع دعوى الاستحقاق إلا على الحائر ، أما من تلقى الحائر المنقول منهم فلا يكونون مسئولين إلا عن التعويض إن كان له محل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٨) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٩ - نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) المادة ١/٩٧٧ ملقاً آنفاً فقرة ٤٥٣ - سومة ثلاث السنوات هذه هي المدة التقليدية التي كان مأخوذاً بها القانون الفرنسي القديم ، نقلاً عن القانون الروماني (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٦ ص ٧٠٦) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ - نقض فرنسي ٥ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ - ١ - ٢٠١ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « فإذا =

أن مدة الثلاث السنوات ليست مدة تقادم مكسب ، كذلك ليست هي مدة تقادم مسقط إذ أن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم ، بل هي ميعاد سقوط (délai de déchéance) . فهي مدة قد حددها القانون للمالك المنقول المسروق أو الضائع ليرفع في خلالها دعوى الاستحقاق على الحائر حسن النية . وعلى ذلك تسرى هذه المدة على ناقصي الأهلية والمحجورين ، أو حتى لو كان المالك أو ورثته محجوراً عليهم لصغر السن أو لغير ذلك من أسباب الحجر ، وتسرى عليهم دون أن توقف أو تنقطع (١) . وتسرى من وقت السرقة أو الضياع حتى لو لم يعلم المالك بالسرقة أو الضياع ، وقد تكتمل المدة قبل أن يعلم ذلك فلا تقبل منه دعوى الاستحقاق بالرغم من عدم علمه . ويقع عبء إثبات أن المنقول مسروق أو ضائع على عاتق المالك الذي يطلب استرداد المنقول ، فإذا ادعى الحائر حسن النية أن مدة الثلاث السنوات قد انقضت من وقت السرقة أو الضياع فلا يجوز قبول دعوى الاستحقاق بعد انقضائها ، فعلى الحائر عبء إثبات ذلك ، ويثبت تبعاً لهذا تاريخ السرقة أو الضياع (٢) .

فإذا انقضت مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن

كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فإن الحائر لا يملكه ، بل تبقى دعوى المالك في الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . وليس من الضروري أن تستمر حيازة المنقول المسروق أو الضائع طول هذه المدة ، فقد يضيع المنقول ولا يحوزه أحد مدة سنتين ، ثم يجده من يبيعه إلى حائر حسن النية ، فيبقى هذا حائزاً سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التي تسقط بها دعوى الاسترداد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٤ - بلانيول وزيير ويكار ٣ فقرة ٣٩٣ هامش ١ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربونيه ص ٢٥٧ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ - محمد حل عرقة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢٠ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٨ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ - وانتظر عكس ذلك وأن مدة الثلاث السنوات هي مدة تقادم مسقط ولكنها تسرى ضد المحجورين ولا توقف ولا تنقطع بودري وتيسيه فقرة ٨٩١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٠ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ هامش ١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤١ - أنظر عكس ذلك وأن المالك يحمل عبء إثبات السرقة أو الضياع وعبء إثبات عدم انقضاء مدة الثلاث السنوات في الوقت ذاته محمد حل عرقة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢١ .

يرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية ، فقد أصبحت دعوى الاستحقاق غير مقبولة بعد انقضاء هذه المدة . وعلى ذلك يعود الحائز حسن النية إلى الانتفاع بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فيتملك المنقول المسروق أو الضائع على وجه بات دون أن يكون معرضاً لدعوى الاستحقاق (١) . وليس للمالك بعد ذلك أن يرجع بشيء على الحائز حسن النية ، وله أن يرجع بدعوى المسؤولية على من تتحقق مسئوليته ، فيرجع على السارق أو على من عثر على الشيء الضائع ولم يردده وعلى كل حائز شيء النية تلقى المنقول من أحد هذين ، وذلك كله إذا كانت دعوى المسؤولية لم تسقط بالتقادم .

أما إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية في خلال مدة الثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فإنه يسترد من هذا الحائز المنقول المسروق أو الضائع (٢) ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج على المالك بأنه تملك المنقول بالحيازة ، مادام المنقول مسروقاً أو ضائعاً وما دامت دعوى الاستحقاق قد رفعت على الحائز في خلال الثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . وكل ما يستطيعه الحائز حسن النية في هذه الحالة ، بعد أن يرد المنقول إلى المالك ، هو أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع (٣) . وتسرى القواعد المقررة في دعوى الضمان ، ويرجع الحائز حسن النية على من تلقى منه المنقول ، سواء كان هذا الأخير شيء النية

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربونييه ص ٢٥٧ .

(٢) فإذا كان الحائز قد استهلك المنقول دون خطأ من جانبه ، فإنه لا يكون مسئولاً عن قيمته ولا عن دفع أي تعويض (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) . وهناك رأي يذهب إلى أن الحائز يكون مسئولاً طبقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك (لوران ٣٢ فقرة ٥٨٥) . ولكن القانون لم يخول للمالك إلا دعوى الاستحقاق ، ولم يرتب في ذمة الحائز أي التزام شخصي ، وما دامت دعوى الاستحقاق قد أصبحت مستحيلة باستهلاك المنقول ، ومادام لا يوجد أي خطأ في جانب الحائز ، فليس للمالك أن يرجع عليه بشيء (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) .

(٣) أنظر المادة ٢/٢٢٧٩ مدني فرنسي - ويحرم الحائز من الرجوع على بائنه بدعوى الضمان ، إذا تسبب بإهماله في أن يفوت الفرصة على هذا البائع في أن يرجع بدوره على من يكون مسئولاً قبله (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٢ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٢٩٦) .

أو حسن النية ، فإذا كان مبيع النية كانت مسئوليته أشد . على أن للحائز حسن النية ، قبل أن يرد المتقول المسروق أو الضائع إلى المالك ، أن يحبس هذا المتقول حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه ، وذلك فى حالة استثنائية تنتقل الآن إليها .

٤٥٨ - متى يجوز للحائز حسن النية بحبس المتقول المسروق أو الضائع

متى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ مدنى ، كما رأينا (١) ، على ما يأتى : « فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . ويخلص من هذا النص أن الحائز حسن النية إذا وجد فى مركز خاص يجعله جديرا بالرعاية ، بأن يكون حسن نيته مدعوما بملاسات خارجية نجعله مطمئن إلى أنه اشترى المتقول فى ظروف مألوفة تحمل على الاعتماد بسلامة التعامل ، فإن القانون يوليه حماية فعالة ، حتى ضد مالك المتقول المسروق أو الضائع . فيجعل له الحق فى أن يحبس المتقول ، بعد أن يقضى لصالح المالك فى دعوى الاستحقاق باسترداده ، فلا يسلمه الحائز للمالك إلا بعد أن يستوفى منه الثمن الذى دفعه فى شراء هذا المتقول (٢) . وبذلك يستوفى حقه قبل أن يسلم المتقول ، وعلى المالك الذى وفى الثمن للحائز أن يرجع به على المسئول (٣) . والظروف الخارجية التى تبرز معاملة الحائز حسن النية هذه المعاملة الخاصة قد ذكرها القانون على سبيل الحصر ، وهى أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المتقول المسروق أو الضائع فى سوق أو فى مزاد

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٣ ص ٧١٦ .

(٣) وهذه قاعدة تقليدية ترجع فى أصلها إلى القانون الفرنسى القديم (بلانيول وريبير بيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ وهامش ٣) . أما مصلحة المالك فى أن يعجل الثمن للحائز قبل أن يسرد المتقول ، فقد تكون رغبته فى استرداد متقوله بالذات ولو بدفع ثمنه ، وقد يكون الثمن الذى يعجله للحائز أقل بكثير من قيمة المتقول كما يحدث فى كثير من الأحيان عندما يبيع السارق المسروق ، هذا إلى أن للمالك حق الرجوع على السارق أو على من غش على المتقول أو على حائز مبيع النية تلقى المتقول من أيهما بالثمن الذى سجله وبالشروط (كاربونيه ص ٢٥٧) .

على أو اشتراه ممن يتجر في مثله . فهذه الظروف قد حلت المشرع على أن يعيد النظر في الموازنة بين مصلحة الحائز حسن النية ومصلحة المالك . فيجعل مصلحة الحائز حسن النية . وقد اشترى المتقول في ظروف بعيدة عن أية شبهة أو ريبة ، هي المصلحة الراجحة . وذلك إمعانا في حماية استقرار التعامل في المتقول (١) .

فيجب إذن أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المتقول المسروق أو الضائع في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله . ويعتبر بورصة الأوراق المالية سوقا لشراء السندات لحاملها . وكذلك يعتبر سوقا لشراء هذه السندات دكان الصراف (boutique d'un changeur) إذا باعها الصراف لحائز حسن النية . ولكن الصراف نفسه إذا اشترى السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة في دكانه لا يعتبر أنه اشتراها في سوق . ويجوز للمالك استرداد هذه السندات منه في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو انقضاء دون أن يكون ملزما بتعجيل ثمنها له (٢) . ويستوى في المزاد العلني أن يكون مزادا إجباريا أو مزادا اختياريا (٣) . كما يستوى أن يكون مزادا قضائيا أو مزادا إداريا . ولا يعتبر المصرف . إذا باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة . ممن يتجر في مثل هذه الأشياء (٤) . إلا إذا كانت هذه السندات أذونات على الخزنة العامة (٥) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ .

(٢) أوبري وزو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٢ هامش ١٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩٤ - كولان وكاييتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - وقارن بودري وتيسيه فقرة ٩٠٥ - وكدكان الصراف بنك الرهونات ، فن رهن متقولا مسروقا أو ضائعا في بنك الرهونات لا يكون قد رهنه في سوق ، ومن ثم لا يجوز لبنك تقاضى مبلغ القرض من المالك المسترد (كولان وكاييتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥) .

(٣) محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ .

(٤) ولكن سمار البورصة يعتبر كذلك ، وقد قضى بأن من يشتري سندات مسروقة من سمار في البورصة له أن يطلب استرداد الثمن الذي دفعه (استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٣٣٦ ص ٢١٤) . وانظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٣ .

(٥) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٤ - وإذا اعتقد الحائز حسن النية أنه اشترى المتقول ممن يتجر في مثله ، ثم اتضح أن البائع ليس في الواقع من الأمر من -

فإذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله . كان للمالك مع ذلك أن يترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع كما قدمنا . ولكنه لا يستطيع أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذي دفعه . والمقصود بالثمن هنا هو المبلغ الذي دفعه الحائز لشراء المنقول . فيدخل الثمن الأصلي للمنقول والمصروفات التي أنفقها الحائز في شرائه . بل يدخل أيضا وفقا لنص المادة ١/٩٨٠ مدني المصروفات الضرورية التي أنفقها الحائز على المنقول . وتسري في شأن المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية أحكام المادة ٢/٩٨٠ و ٣ مدني ، ولا يتقاضى الحائز فوائد على هذه المبالغ لأنه انتفع بالمنقول (١) . وواضح من عبارة « يعجل له الثمن الذي دفعه » . وهي العبارة الواردة في آخر المادة ٢/٩٧٧ مدني (٢) . أن الحائز لا يسلم المنقول للمالك إلا إذا استوفى منه الثمن على النحو المتقدم . أي أن له أن يحبس المنقول في يده حتى يستوفى الثمن (٣) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس (٤) .

= يتجر في مثل المنقول المبيع ، فالعبرة بالواقع لا بما اعتقده الحائز . ومن ثم لا يعتبر أنه اشترى المنقول ممن يتجر في مثله بالرغم من أنه كان يعتقد ذلك ، فيجوز للمالك أن يترد منه المنقول في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزماً بتعجيل الثمن (أنظر هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٩٠٣ مكررة - أبيان ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ٢ - ٤٦٨) . وقد قضى بأن الحائز الذي اشترى برايل من وكيل مصنع جعة لا يبيع إلا الجملة ولا يبيع هذا الصنف من البرايل ليس له أن يطالب برد الثمن الذي دفعه (استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٢) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٩٠٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٢ .

(٣) فإذا لم يحبس الحائز المنقول وسلمه للمالك . فإنه يفقد ضمان الحبس ، ولكنه لا يفقد الحق في استيفاء الثمن من المالك (مازو فقرة ١٥٥٧) .

(٤) وغنى عن البيان أنه إذا كان المنقول المسروق أو الضائع من الأموال العامة ، فإنه لا يقبل التملك بالحيازة . ومن ثم إذا اشترى حائز حسن النية هذا المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله . فإنه لا يملكه بالحيازة ، وكذلك لا يستطيع أن يطالب بالثمن الذي دفعه (بودري وتيسيه فقرة ٩١٠ - بلانيول وزيير ويكار ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥) .

ويعامل الدائن المرتهن رهن حيازة المنقول مسروق أو ضائع معاملة مالك المنقول في كل ما قدمناه . وقد نصت المادة ١١١٨ مدني على أن « ١ . الأحكام المتعلقة بالآثار التي ترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن : ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ... » (١) . وعلى ذلك إذا رهن غير المالك المنقول لمرتهن رهن حيازة حسن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول . فإن للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول . فإذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا : واسترده المالك في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فإنه يسترده خاليا من حق الرهن بالرغم من أن الدائن المرتهن حسن النية . فإذا كان الدائن المرتهن قد ارتهن المنقول من شخص يتعامل في مثل المنقول . فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يعجل للدائن المرتهن الدين الذي له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الدين من مصروفات وفوائد ، بعد استئصال ما يقابل المدة الباقية لحلول الدين من الفوائد بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي بحسب الأحوال (٢) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٤٤٢ - أنظر في امتياز المؤجر المادة ١١٤٣/٢ و ٤ مدني وتنص على ما يأتي : « ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوج المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . . . » - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق المتأخرة ، ببق الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا وقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً في الميعاد القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد على أو بمن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري » (أنظر في معنى الفقرة الرابعة للمادة ٢/٢٢٨٠ مدني فرنسي التي أضيفت بقانون ١١ يولييه سنة ١٨٩٢) - وانظر أيضاً نصاً مماثلاً في امتياز صاحب الفندق المادة ٢/١١٤٤ مدني مصري .

(٢) محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٥٧ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ - أما في فرنسا فلا يوجد نص متقابل للمادة ١١١٨ مدني مصري ، فعمد القضاء الفرنسي إلى تطبيق قاعدة تملك المنقول بالحيازة على المرتهن رهن الحيازة ، ولكنه لا يطبق عليه المادة ٢٢٨٠ مدني فرنسي المتعلقة بوجوب رد الثمن إذا كان الشراء في سوق أو مزاد على أو بمن يتجر في مثل ..

٤٥٩ - رموع المالك بالتمن الزى محمد للحائز حسن النية : وإذا عجل

المالك للحائز حسن النية الثمن على النحو الذى قدمناه . فانه يرجع بما عجله على سارق المنقول أو على من عثر على المنقول . وذلك على سبيل التعويض عن الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه هذان الأخيران . وليس له أن يرجع على من تلقى المنقول من سارقه أو ممن عثر عليه . أو من حائز قال له ، إلا إذا أثبت سوء نيته أو أثبت في جانبه خطأ . وذلك وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية . فإذا باع سارق المنقول مثلا المنقول لمشتري سيء النية : ثم باع المشتري المنقول لحائز حسن النية في سوق أو في مزاد علني أو كان المشتري يتجر في مثل هذا المنقول . فان مالك المنقول يجب . قبل أن يسترد المنقول ، أن يعجل الثمن للحائز حسن النية . ثم يرجع بما عجله على السارق ، وكذلك يجوز له أن يرجع به على المشتري الأول سيء النية الذى اشترى المنقول من السارق وباعه للحائز حسن النية وقبض منه الثمن ^(١) وهو لا يرجع على هذا المشتري الأول إلا على أساس الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه بسوء نيته ^(٢) .

وقد يقع أن سارق المنقول مثلا يبيعه لحائز حسن النية في سوق أو مزاد علني أو يكون السارق ممن يتجر في مثل هذا المنقول ، ثم يبيعه الحائز حسن

المنقول (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٨٩٨ سيرة ٩٨ - ١ - ٤٨١) . وينتقد الفقه الفرنسى القضاء لأنه وقف في منتصف الطريق ، فلا هو امتنع عن تطبيق القاعدة على الدائن المرتهن رهن حياة ، ولا هو طبقها عليه تطبيقاً كاملاً (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٨ مكررة وتعليقه في سيرة ٩٨ - ١ - ٤٨١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٥ - وقارن مازو فقرة ١٥٥٦) .

(١) وهذا ما قصدت إليه المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى عندما ذكرت أن المالك يرجع على من قبض الثمن ، فهي نقول : «عل أن هذه الدعوى إذا رفضت في الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومية أو من مزاد علني أو من شخص يتجر في مثل هذا المنقول ، جاز للحائز ألا يرد الشيء حتى يسترد الثمن الذى دفعه ، ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥) .

(٢) فلا يرجع عليه ، لا على أساس أنه وفى عنه دينه للحائز حسن النية فعل محله فيه لأن المشتري سيء النية لا يلتزم نحو الحائز حسن النية برد الثمن ، ولا على أساس أنه يرجع عليه كما كان يرجع عليه الحائز حسن النية إلا إذا كان ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٧ ص ٥٩٦ - مازو فقرة ١٥٥٨ - نقض فرنسي ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ٣١ - ١ - ٣٢٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٦ جازيت دي باليه ١٩٥٧ - ١ - ١٧٠ - وانظر محمد علي مرة ٢ فقرة ١٢٣ ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٦٣ ص ٧٠٠) .

النبة المشرية فان حسن النبة ايضا ولكنه لا يشترى في الظروف التي تسوخ ان يطلب تعجيل الثمن. ففي هذه الحالة يرفع المالك دعوى الاستحقاق على المشتري الثاني. فلا يكون لهذا الأخير أن يطلب تعجيل الثمن إذ ليس له حق في ذلك. ولكنه إذا أدخل المشتري الأول خصما ضامنا في الدعوى. وجب على المالك أن يعجل الثمن لهذا المشتري الأول. ولا يعجل إلا الثمن الذي دفعه المشتري الأول للسارق إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الذي دفعه المشتري الثاني للمشتري الأول (١). ثم يرجع المالك على السارق بما عجله من الثمن (٢).

(١) بودري وتييه فقرة ٩٠٨.

(٢) هذا وقد صدر في فرنسا قانون ١٥ يونيو سنة ١٨٧٢ المعدل بقانون ٨ فبراير سنة ١٩٠٢. يضع نظاماً خاصاً بحسب مالك السندات لحاملها إذا فقدتها أو سرقتها منه. فيستعني تداول هذه السندات. ويستطيع المالك أن يتردها حتى من الحائز حسن النية دون أن يعجل له الثمن. ويمكن من قبض فوائده هذه السندات ومن قبض رأس المال. بل ومن الحصول على نسخة أخرى من السند بدلا من السند الذي ضاع أو سرق. أنظر في هذا القانون بلانيول وويير ويكار ٣ فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤١١. ولا يوجد في مصر تشريع مقابل هذا التشريع، فتتخضع السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة للقواعد العامة التي سبق تفصيلها، ولأحكام الأمر العالي الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والخاص بالأشياء والحيوانات الضائعة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٥). وانظر استئناف المحظوظ ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١١١.

وقد صدر أمر عال في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ١٩٠١ خاص بالبيوت المالية التي تقرض نقوداً على رهونات (maisons de prêt sur gage) (المعدل بمرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٨). وتقضي المادة الأولى منه بعدم جواز إنشاء بيت من التسليف النقود على رهونات بغير إذن الحكومة، وتنظم المواد التالية كيف تصدر الرخصة لبيت التسليف وكيف يجري القرض وميعاده وشروطه وفوائده وكيف يرد وما إلى ذلك. ثم تنص المادة ١٢ على أنه: «إذا حصلت المطالبة برد الشيء المرهون بسبب السرقة أو بأي سبب آخر، وجب على المالك إجراء ما يأتي: أولاً - أن يثبت بالطرق القانونية حقه في الملكية. ثانياً - أن يدفع المبلغ المطلوب من رأس مال وفوائده، ما لم يكن بلغ المسلف وقت التسليف بأن الشيء المرهون لم يكن ملكاً للمسلف أو أنه لم يكن جائزاً للمسلف رهنه». وقد قضت محكمة النقض الجزئية بأن التعريف في الشيء المنقول برهنه رهن حيزه لا يجوز إلا من مالك هذا الشيء. فليس إذن للدائن المرتين المنقول أن يرهنه بنفسه ضماناً لدين عليه. فان فعل فلا يحتج بالعقد على المالك الحقيقي. غير أنه إن كان هذا المرتين الأخير حسن آنية وقت العقد، أي معتقداً صحة ملكية من تعاقد معه، ففي هذه الحالة يكون على المالك الذي يطالب برد ملكه أن يوفي هذا المرتين بكل المستحق له من الدين المضمون بالرهن. وأما إذا كان سوء النية، فان الرهن لا يكسبه من الحقوق قبل ملك الشيء المرهون أكثر مما لديه الذي تعاقد معه، فلا يلزم المالك إلا بأن يؤدي له قيمة الدين المطلوب منه لدائنه هو والذي =

المطلب الثالث

كسب ملكية الثمار

٤٦٠ - **معموص قانونية** : تنص المادة ٩٧٨ مدني على ما يأتي :

- ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية .
- ٢ - والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً .

وتنص المادة ٩٧٩ مدني على ما يأتي :

« يكون الحائز سميء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سميء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » (١) .

- يخول المرتين حبس المرهون حتى اتفاه . ولم يعين للقانون طريقة لإثبات سوء نية المرتين المتعاقدين مع غير مالك ، بل ترك ذلك للقواعد العامة التي تتيح في هذه الحدة الإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية . تلك هي الأحكام التي تملها القواعد القانونية العامة بشأن رهن المرتين للشيء المرهون لديه ، والتي تضمنتها المادة ١٢ من لائحة البيوت المالية للتسليف على رهون (نقض جنائي ٢ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧١ ص ٩٠٥) . وانظر استئناف مختلط • يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٩٥ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٧٥ - فقرة ٤٧٧ وكتابه في التأمينات العينية فقرة ٣٥٩ - هذا وهناك مشروع بقانون قدم إلى مجلس الأمة بالغاء بيوت التسليف على رهونات وإحالة أعمالها على بنوك الائتمان وتنظيم عملية تصفية بيوت التسليف الحالية ولا يزال هذا المشروع منظوراً أمام مجلس الأمة .

(١) **تاريخ النصوص** : م ٩٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن صدر الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي كانت تجري على الوجه الآتي : « وتعتبر الثمار ، طيعية كانت أو استحدثتها يد الإنسان مقبوضة من يوم نقلها ... » . ووافقت لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٥٣ في المشروع النهائي ، على النص ، بعد تعديل صدر الفقرة الثانية على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٥٠ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٦ - ص ٥١٧) .

م ٩٧٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية - ص ٥١٧ - ص ٥١٨)

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٠٧/١٤٦ (١)
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٩٢٩ - ٩٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٢ - ٩٨٣ - وفي التقنين
المدني العراقي م ١١٦٥ - ١١٦٦ (٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن الحائز يملك الثمار بقبضها إذا كان حسن
النية ، أما إذا كان سيء النية فإنه لا يملكها . بل يجب أن يردّها للمالك بعد
أن يسترد منه ما أنفق في إنتاجها . وعلى ذلك نبحت الحالتين الآتيتين :
(١) تملك الحائز للثمار . (٢) عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك .

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٠٧/١٤٦ : فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه
له ، كان مسئولاً عن فقده ، وملزماً بفوائده وزيده . والتقنين المدني السابق يورد قاعدة تملك
الحائز للثمار ، على أهميتها ، بطريقة عرضية مخفية ، في مكان يصعب تصور وجودها فيه . وعن
طريق الاستنتاج المكس . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وهذه
الأحكام الهامة التي يوردها المشروع في وضوح تام تراها في التقنين اخذ (السابق) مخفية في
ثانياً النصوص ، تستخلص عن طريق الاستنتاج المكس في موضع لا يتصور أن يكون من نطاق
وجودها . قلادة ٢٠٧/١٤٦ ، وهي تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئاً ليس له وهو
يعلم ذلك . تنص على أنه يكون « مسئولاً عن فقده وملزماً بفوائده وزيده » . وقد استخلص
من هذا النص أن الحائز إذا كان سيء النية يكون مسئولاً عن الفوائد والريع . أى
عن الثمار . فينتج من مفهوم المخالفة أنه إذا كان حسن النية لا يسأل عن الثمار ، ويخلص من كل ذلك أن
الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) . وقد
أقر القضاء هذا الحكم في عهد التقنين المدني السابق (استئناف وطنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠
الحقوق ١٥ ص ١٩٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨
المحكمة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - استئناف مغلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ -
١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٩-٩٣٠ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ٩٨٢-٩٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٥ : يملك الحائز

حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه
من المنافع مدة حيازته .

م ١١٦٦ : يكون الحائز

سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها ،
غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار .

(وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

§ ١ - تملك الحائز للثمار

٦١ - المائل التي نبوت : المفروض هنا أن الحائز لم يملك أصل العين لا بالتقادم ولا بالحيازة في المنقول ولا بأى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وبطلبه المالك برد العين التي يحوزها (١) . فتبحث أولاً الدعاوى التي يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين . ونبحث بعد ذلك . إذا مارد الحائز العين إلى المالك . ماهى الشروط التي إذا هى توافرت تملك الحائز الثمار فلا يرد لها مع العين إلى المالك . ثم نبحث كيف يملك الحائز الثمار إذا توافرت شروط تملكها . ونبحث أخيراً الأساس القانوني لملك الحائز للثمار .

٦٢ - الرعاوى التي يمكنه أن يطالب بها المالك الحائز برد العين :

الدعوى المألوفة التي يطالب بها المالك الحائز برد العين التي يحوزها هى دعوى الاستحقاق . والمفروض هنا أن الحائز قد استولى على عين غير مملوكة له بنية تملكها ، إما بأن يتلقاها من غير المالك أو بأن يستولى عليها دون سند ، أى سواء كان حسن النية أو سىء النية . فان كانت العين منقولا وكان الحائز حسن النية . فقد رأينا أنه يملك المنقول بمجرد الحيازة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فلا يكون هناك مجال للمالك لا لاسترداد العين ولا لاسترداد ثمارها (٢) . أما إذا كانت العين عقارا ، أو كانت منقولا ولكن الحائز كان سىء النية ، فان العين تبقى على ملكية مالكها ما لم يملكها الحائز بالتقادم القصير فى العقار أو بالتقادم الطويل فى كل من العقار والمنقول . فاذا لم يملكها الحائز بالتقادم ، فان المالك يستردها منه . وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز أو لا يملكها .

(١) أما إذا كان الحائز قد تملك العين بالتقادم ، فان الأثر الرجعى للتقادم يجعله يملك الثمار من وقت بدء الحيازة ، إذ يصبح مالكا من هذا الوقت . ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ، فانه يملك الثمار لا بالحيازة ، ولكن باعتباره مالكا لأصل العين بأثر رجعى منذ بدء الحيازة (مازو فقرة ١٥٦٦) .

(٢) على أن هناك حالات لا يملك فيها الحائز المنقول ، ومع ذلك يملك الثمار بالقبض . من ذلك أن يكون الحائز الأصل سىء النية ويرثه شخص حسن النية ، ويقبض هذا الثمار وهو حسن النية فيتملكها بالقبض ، ولكنه لا يملك أصل العين بالحيازة لأن مورثه كان سىء النية . ومن ذلك أيضاً أن يكون الحائز حسن النية ولكن المنقول يكون مسروقاً أو ضائعاً ، فيجوز للمالك أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، ولكنه لا يسترد ما قبضه الحائز وهو حبنى النية من الثمار . انظر فى ذلك مازو فقرة ١٥٦٩ .

وليس دعوى الاستحقاق هي الدعوى الوحيدة التي تثار فيها مسألة الثمار . وإن كانت هي الدعوى المألوفة كما قدمنا . فكثيرا ما تثار مسألة الثمار في الدعوى الشخصية باسترداد مادفع دون حق . وتنص المادة ١٨٥ مدني في هذا الصدد على أنه ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . ٢ - أما إذا كان سيء النية ، فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها . من الشيء الذي تسلمه بغير حق . وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . ٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمار من يوم رفع الدعوى .

كذلك تثار مسألة الثمار فيما إذا تلقى الحائز من المالك ملكية العين بعقد باطل أو قابل للإبطال أو قابل للنقض للعين أو قابل للنسخ أو معلق على شرط فاسخ . فإذا ما اتضح بطلان العقد . أو أبطل . أو نقض للعين . أو فسخ ، أو تحقق الشرط الفسخ (١) . فإن العقد لا يكون له وجود بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن . ومن ثم يسترد المالك العين من الحائز . وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز من وقت أن حاز العين إلى وقت ردها إلى المالك أو لا يملكها (٢) .

ونرى من ذلك أن تملك الثمار يختلف عن تملك العقار بالتقادم القصير وتملك المتقول بالحيازة . ففي الحالتين الأخيرتين رأينا الحائز يتلقى العين من غير المالك ، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتلقاها من المالك . أما في الحالة الأولى ، وهي حالة تملك الثمار ، فقد يتلقى الحائز العين من غير المالك ثم يستردها منه المالك مع

(١) انظر في تحقق الشرط الفسخ بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقره ٢٧٩٨ - بودري وشوفو فقره ٣٠٣ (ويستند عدم جواز استرداد الثمار إلى أن قبضها يعد من أعمال الإدارة التي لا تتأثر بالأثر الرجعي لفسخ) . شفيق شحاته فقره ٨٥ ص ١١١ .

(٢) انظر أوبري وزو ٢ فقره ٢٠٦ ص ٣٧٦ - بودري وشوفو فقره ٢٩٨ - فقره ٣٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨١ . مارتى وريينو فقره ٩٤ ص ٥٣ - ص ٥٤ - وقد يرد نص خاص في حالات معينة ، فتسرى الأحكام التي وردت في هذا النص (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨٢ . وبودريون النصوص الآتية في التقنين المدني الفرنسي : المواد ٨٥٦ و ٩٢٨ و ٩٥٨ و ٩٦٢ و ١٩٨٢ من هذا التقنين) .

الثمار أو غيرها : أو يتلقاها من المالك نفسه بعقد معيب يزول بأثر رجعي فيسترد المالك العين مع الثمار أيضا أو غيرها .

٤٦٣ - الشروط الواجب توافرها متى يملك الحائز الثمار فهو يردّها

مع العين إلى المالك : المفروض أن الحائز قد حاز العين بنية تملكها فتوافر في الحيازة عناصرها المادية والمعنوية ، وأن الحيازة خالية من العيوب ، وقد تقدم الكلام في ذلك . وحتى يتمسك الحائز بتملكه الثمار بقبضها . فلا يردّها إلى المالك ، في دعوى من الدعاوى التي يطالب فيها المالك الحائز برد العين والتي تقدم ذكرها ، يجب أن يكون الحائز حسن النية . ولكن ليس من الواجب أن يكون لديه سبب صحيح . وقد رأينا (١) الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ مدني تقول : « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية » . ولم يذكر النص السبب الصحيح شرطا لتملك الثمار ، كما ذكر ، في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٢) ، وكما ذكره في تملك المنقول بالحيازة (٣) .

ونلاحظ منذ الآن تدرج التقنين المدني المصري في اشتراط السبب الصحيح . فهو يتطلبه شرطا مستقلا عن حسن النية ، ويلتق عبء إثباته على الحائز ، في التقادم المكسب القصير . ويتطلبه كذلك شرطا مستقلا عن حسن النية ، ولكن يفترضه ويلتق عبء إثبات العكس على المالك ، في تملك المنقول بالحيازة . ولا يتطلبه أصلا ، ويكتفى بشرط حسن النية ، في تملك الثمار .

ونتكلم الآن في اشتراط حسن النية ، ثم نتكلم في عدم اشتراط السبب الصحيح .

٤٦٤ - اشتراط حسن النية : حسن النية هنا يختلف معناه عن المعنى

الذي ذكرناه في التقادم المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة . ففي هاتين الحالتين الأخيرتين ذكرنا أن حسن النية هو جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك ، أما علمه بالعيوب الأخرى التي تشوب السند الذي تلقى به العين من غير المالك فلا يؤثر في حسن نيته . فقد يكون عالما بأن هذا السند قابل

(١) انظر آتقا فقرة ٤٦٠ .

(٢) م ٩٦٩ مدني آتقا فقرة ٤١٧ .

(٣) م ٩٧٦ مدني آتقا فقرة ٤٣٥ .

للإبطال أو قابل للتقص ، ومع ذلك يبقى حسن النية ما دام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها . أما هنا ، في تملك الثمار ، فحسن النية معناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا ، أيا كانت هذه العيوب . فقد يكون تعامل مع غير المالك ، فإذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك ، فهو حسن النية (١) ، إذا لم يكن السند تشوبه عيوب أخرى . فإن كانت عيوب أخرى تشوبه ، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية . وإذا كان قد تعامل مع المالك ، وكان سنده مشوبا بعيب ، كان كان باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للتقص ، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية . فحسن النية في تملك الثمار معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة ، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكة انتقالا صحيحا باتا ، فأصبح هو المالك للعين ، وتبعاً لذلك أصبح مالكا للثمار (٢) .

ولا أهمية للسبب الذي يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه . فقد يكون هذا السبب تصرفا ناقلا للملكية ، كبيع أو وصية ، صادرا من غير مالك أو صادرا من المالك . وقد يكون السبب واقعة مادية كالمراث ، سواء كان الحائز وارثا فعلا (٣) أو غير وارث ما دام يعتقد أنه وارث . بل قد يكون السبب هو الاستيلاء ، وهو سبب يكسب الملكية ابتداء ولا ينتقلها . فإذا استولى شخص على مال اعتقد أنه مباح لا مالك له وأنه قد تملكه بالاستيلاء ،

(١) ولا يعتبر الحائز سوء النية حتما لمجرد أن من تعامل معه قد اشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق ، لقد يكون حسن النية بالرغم من وجود هذا الشرط (ديمر لومب ٩ فقرة ٩٠٣ - بودرى وشوفو فقرة ٣٠٥ ص ٢١٧) . ومن وضع يده على عقار بموجب حكم صدر لصالحه يمكن أن يعتبر وضع يده بنية حسنة حتى في حالة معارضة واضح اليد المتزع من العقار في تسليمه عند التنفيذ (استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١ ص ١٦٥) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨ - مازو فقرة ١٥٧٠ - نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٤ سيريه ٦٥ - ١ - ١٨ - ولا يبقى حسن النية أن يعلم الحائز أن السند الذي يملك بموجبه العين في حاجة إلى تصديق المحكمة لأنه صادر من وصي على القاصر ، إذا اعتقد أن هذا التصديق سيصدر حتما من المحكمة لأن العقد في مصلحة القاصر (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ وهامش ١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٨٦) .

(٣) ولكن عليه أن يرد الثمار التي قبضها مورثه قبله إذا كان المورث سوء النية ، على أن يكون ذلك في حدود نصيب الوارث في التركة (شفيق شعاعه فقرة ٨٧) . وسيأتى بيان ذلك .

ثم تبين أن المال له مالك ، واسترده المالك من الحائز ، جاز لهذا الأخير أن يتمسك بحسن نيته لتملك الثمار . فالمهم إذن كما قدمنا أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت الثمار بأي سبب من أسباب كسب الملكية . وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها ، حتى يكون حسن النية فيتملك الثمار بالقبض .

ولما كان المفروض أن الحائز لم يملك العين التي أنتجت الثمار ، فلا بد أن يكون قد وقع في غلط وهو يعتقد أنه ملكها . ولا بد أن يكون هذا الغلط مغتفرا (excusable) ، فالغلط غير المغتفر (inexcusable) ينفي حسن النية . ويستوى أن يكون الغلط غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (١) ، ما لم يكن الغلط في القانون متعلقاً بمسألة تعتبر من النظام العام ، فعند ذلك يكون الغلط غلطاً غير مغتفر وينفي حسن النية (٢) .

ويجب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذي بيناه في الوقت الذي يقبض فيه الحائز الثمار ، فإذا تولى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية في كل مرة يقبض الثمار فيها (٣) . وعلى ذلك إذا تلقى الحائز العين من مورثه ، وكان المورث سيء النية والوارث حسن النية ، لم يؤثر سوء نية المورث في حسن نية الوارث . ويتملك الوارث الثمار التي يقبضها بعد موت المورث ، ما دام حسن النية وقت قبضها (٤) . أما الثمار التي قبضها المورث وهو سيء النية ، فهذه

(١) بودري وشوفو فقرة ٢١٠ ص ٢١٩ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - بلا فيول وريير وبيكار ٣

فقرة ١٧٦ ص ١٨٦ - اسماعيل غانم ص ١٤١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦١ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٦ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٩ - استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٤١ ص ١٦٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧ ص ٧٩ - شفيق شحاته فقرة ٨٧ ص ١١٢ - محمد عل عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٨ ص ٣٧ - ص ٣٨ .

فإذا قبض الحائز الثمار مرة وهو حسن النية تملكها ، ولا يهم بعد ذلك أن يصبح سيء النية فسوء النية اللاحق لا يؤثر في تملكه الثمار التي قبضها وهو حسن النية ، وإنما يمنعه من تملك الثمار التي يقبضها بعد ذلك وهو سيء النية (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٣ - ملزو فقرة ١٥٧٠ ص ١٢٥٥) .

(٤) محمد عل عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ .

يجب ردها للمالك . وإذا لم تكن قد ردت في حياة المورث كانت ديناً على التركة ، ولم تخلص التركة للوارث إلا بعد وفاء هذا الدين . وإذا فرضنا العكس وكان المورث حسن النية والوارث سيء النية ، فهنا أيضاً لا يؤثر حسن نية المورث في سوء نية الوارث . ويتملك المورث الثمار التي يكون قد قبضها مادام أنه كان حسن النية وقت قبضها ، ولا يتملك الوارث الثمار التي يقبضها إذا أنه سيء النية (١) .

والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت المالك سوء نيته ، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م ٣/٩٦٥ مدني) (٢) . فإذا كان السند الذي تلقى به الحائز العين يشوبه عيب ، لم يكلف الحائز إثبات أنه كان يجهل هذا العيب وقت قبض الثمار ، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالماً بالعيب وقت القبض . وإذا قضى للمالك بالثمار ، وجب أن يذكر الحكم صراحة أن الحائز كان سيء النية وقت قبضه إياها (٣) .

(٦) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨١ هامش ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ١٧٦ ص ١٨٧ .

(٧) انظر عكس ذلك وأن على الحائز أن يثبت حسن نيته بودري وشوفو فقرة ٣١١ .

(٨) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٦٩ والوز ٦٩ - ١ - ٢٥٤ - ويذهب رأي في الفقه الفرنسي (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - وانظر أيضاً في الفقه المصري شفيق شحاته فقرة ٨٦) إلى أن حسن نية الحائز إذا كان يرجع إلى غلط في الواقع كان مفترضاً وكلف المالك إثبات سوء نية الحائز ، أما إذا كان حسن النية يرجع إلى غلط في القانون فإن حسن النية لا يفترض ويجب حل الحائز أن يثبت هو أنه وقع في هذا الغلط - ولكن القضاء الفرنسي لم يساير هذا الرأي ، وهو يفترض حسن نية الحائز سواء كان الغلط في الواقع أو كان في القانون (نقض فرنسي ١١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ - ١ - ٢٢٥) . ورأي القضاء الفرنسي هو الذي نقف عنده (انظر محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٦) ، إذ لا محل للتمييز في افتراض حسن النية بين الغلط في الواقع والغلط في القانون ، وقد سبق أن استبعدنا هذا التمييز في حسن النية في التقادم المكسب القصير (آنفاً فقرة ٤٣٤) ، كما استبعدناه في حسن النية في تملك المنقول بالحيازة (آنفاً فقرة ٤٤٥ في آخرها) . على أن الأمر محدود الأهمية من الناحية العملية ، فإذني يقع في العمل أن الحائز نفسه هو الذي يبادر إلى إثبات حسن نيته ، سواء كان الغلط في الواقع أو في القانون ، ليثبت أن الغلط كان مفترقاً ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر في النهاية ما إذا كان الحائز حسن النية (انظر آنفاً فقرة ٤٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨) .

وإذا تقدم المالك لإثبات سوء نية الحائز ، جاز له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبيئة والقرائن (١) . وقد يلجأ إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات الأولية للتثبت من أن ملكية العين قد انتقلت إليه ، ويتخذ من ذلك قرينة على أن الغلط الذي وقع فيه الحائز كان غلطاً غير مغتفر فيكون في حكم سوء النية (٢) .

٤٦٥ - عدم اشتراط السبب الصحيح : رأينا أن التقنين المدني المصري (م ١/٩٧٨ مدني) (٣) لم يشترط وجود السبب الصحيح إلى جانب حسن النية حتى يملك الحائز الثمار . وأن حسن النية وحده يكفي . وعندما حللنا شرط حسن النية (٤) . رأينا أن الحائز يستند عادة في حسن نيته إلى اعتقاده بوجود سبب قانوني كسب به ملكية العين التي انتجت الثمار ملكية خالصة من كل شائبة . ولكن ذلك ليس معناه أن هذا السبب القانوني يجب أن يكون تصرفاً ناقلاً للملكية كما هو الأمر في السبب الصحيح في كل من التقادم المكسب القصير وتملك المنقول بالحيازة ، إذ قد يكون واقعة مادية كال ميراث ، أو يكون سبباً يكسب به الحائز الملكية ابتداءً كالاستيلاء . كذلك ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانوني شرطاً مستقلاً عن شرط حسن النية ، كما يطلب ذلك في السبب الصحيح في التقادم المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة . بل ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانوني عنصراً من عناصر حسن النية ، كما هو الأمر في السبب الصحيح الذي يشترطه التقنين المدني الفرنسي في تملك الحائز للثمار .

(١) وهي من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان الحكم مبنياً على أسباب سائبة . وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضح اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً ، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه الحجج ، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفته ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١١) .

(٢) انظر آتقاً فقرة ٤٤٥ في آخرها .

(٣) انظر آتقاً فقرة ٤٦٣ .

(٤) انظر آتقاً فقرة ٤٦٤ .

ذلك بأن المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى ، عندما تعرف حسن النية فى تملك الحائز للثمار ، تقول : « يكون الحائز حسن النية ، إذا حاز بنية التملك بموجب سند ناقل للملكية ، وكان يجهل عيوب هذا السند . وينتفى حسن نية الحائز بمجرد أن تصبح هذه العيوب معروفة له . فيشترط التقنين المدنى الفرنسى إذن وجود السبب الصحيح فى تملك الحائز للثمار ، ويعرفه بأنه سند ناقل للملكية . ولكنه لا يعتبر السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، بل يعتبره متدمجا فيه ، وعنصرا جوهريا من عناصره ، وعلى أساسه يقوم المبرر للقول بتوافر شرط حسن النية (١) . وعلى ذلك يجوز أن يكون السبب الصحيح تصرفا باطلا لا وجود له قانونا ، أو تصرفا ظنيا لا وجود له فعلا (٢) . فإذا كان تصرفا ظنيا لم يفترض وجوده ، بل يقع على الحائز عبء إثبات أنه كان عنده من الأسباب المعقولة ما يبرر اعتقاده بوجود هذا التصرف . فيكون هذا استثناء من افتراض حسن النية ، إذ يكون على الحائز إثبات حسن نيته باثبات اعتقاده بوجود التصرف الظنى (٣) .

ومع أن السبب الصحيح الذى يشترطه القانون الفرنسى لتمكن الحائز للثمار قد آل على هذا النحو إلى أن يتدمج فى شرط حسن النية فلا يتميز عنه بوجود مستقل ، إلا أنه لا زال شرطا يستند إليه الحائز فى توافر حسن نيته ، بل يجب عليه اثباته إذا كان تصرفا ظنيا كما قلنا . فلا تزال هناك فروق بين القانون المصرى الذى لا يشترط السبب الصحيح أصلا فى تملك الحائز للثمار ، وبين القانون الفرنسى الذى يشترط السبب الصحيح وإن كان قد أدمجه فى شرط

(١) بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ١٧٣ ص ١٨٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ هامش ١١ وهامش ١٥ - بودرى - شوفو فقرة ٢٠١ وقرة ٣١٠ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥ . فإذا وضع شخص يده على عقار بموجب وصية كان الموصى قد رجع عنها ، فهذا السبب الصحيح ظنى ، وهو يكفى لتمكن الثمار ، ولكنه لا يكفى لتمكن العقار نفسه بالتقادم القصير (نقص مئ ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٦٦ ص ٢٤٨ - استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٢ - شفيق شحاته فقرة ٨٥ ص ١١١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٧٠) .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٢٨٠ - بودرى وشوفو فقرة ٣١٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - شفيق شحاته فقرة ٨٦ ص ١١٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٨ ص ٢٧ .

حسن النية . ونذكر بوجه خاص من هذه الفروق فرقين : (١) لا يزال الحائز ، حتى يملك الثمار في القانون الفرنسي ، في حاجة إلى الاستناد إلى تصرف ناقل للملكية (titre translatif de propriété) حتى يوجد عنده السبب الصحيح الذي تشترطه صراحة المادة ٥٥٠ مدني فرنسي كما رأينا . أما في القانون المصري ، فقد رأينا أن الحائز ليس في حاجة إلى أن يستند إلى تصرف ناقل للملكية ، فأى سبب مكسب للملكية يكفي ، ومن ثم يكفي السبب المكسب للملكية ابتداء كالاستيلاء ، كما يكفي التصرف الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح (١) . (٢) إذا استند الحائز في القانون الفرنسي إلى تصرف قانوني ظني ، وجب عليه إثباته كما قلنا . أما في القانون المصري ، فترى أن الحائز لا يطلب منه إثبات السبب الظني ، فان حسن نيته مفترض ويتناول هذا الافتراض حسن النية حتى لو استند فيه الحائز إلى تصرف ظني (٢) .

٤٦٦- كيف يملك الحائز الثمار : إذا توافرت الحيابة وحسن النية

على الوجه الذي قدمناه ، تملك الحائز الثمار . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٣) ، على ما يأتي : « والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدينة فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط (٤) أن الثمار هي كل ما ينتجه الشيء

(١) وينتقد الفقه الفرنسي اشتراط التقنين المدني الفرنسي أن يكون السند ناقلاً للملكية ، وكان ينبغي أن يكون السند الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح كافياً (مازو فقرة ١٥٧٣) .
(٢) ويعتبر سبباً ظنياً ما يستند إليه الوارث الظاهر حسن النية ، فهو يعتقد أنه وارث وهذا سبب لا وجود له ، ومع ذلك يكسب الثمار لحسن نيته . وكذلك من يتلقى بالميراث الحيابة من مستأجر أو مودع عنده أو غيرها من حيازته عرضية ، إذا اعتقد أن مورثه مالك ، لا يستطيع كسب ملكية العين إلا إذا تغيرت صفة حيازته ، ولكنه يملك الثمار لحسن نيته (محمد علي عرفه فقرة ١٠٥ ص ١٩٨) . ويعتبر سبباً ظنياً كذلك الاستحقاق في وقت بناء على تفسير خاطيء لشروط إنهاء الوقف ، وقد قضى بأنه إذا تسلم شخص بحسن نية جزءاً من ريع وقف على اعتقاد أنه من المستحقين فيه ، ثم صدر بعد ذلك حكم شرعي فسر شروط الوقف بعكس ما كان يعتقد ناظر الوقف والمستحقون فيه ، كان المستحق الذي استبعده الحكم الشرعي المذكور مستولياً على الريع بحسن نية (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٦ ص ٧٩٣ - استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩١ ص ٣٩٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٤) فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ .

من غلة دورية متجددة ، وتتميز الثمار بأمرين : (١) أنها غلة دورية متجددة ، أى أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان . ويجب التفريق بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) فالمنتجات هي كل ما يخرج من الشيء من ثمرات غير متجددة ، وتتميز بعكس ما تتميز به الثمار : (١) فهي غير دورية ولا متجددة ، بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهي تمس أصل الشيء وتنتقص منه ، فالمعادن التي تخرج من المناجم والأحجار التي تخرج من المحاجر والأشجار التي تخرج من الغابات هي في الأصل منتجات لا ثمار ، لأنها تنتقص من المناجم والمحاجر والغابات ، وتنتهي إلى أن تنفذ بعد وقت يطول أو يقصر . على أنه إذا أعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال بحيث يمكن الحصول منها على إيراد دورى متجدد ، فأعد المنجم لاستخراج ما به من معادن والمحجر لقطع ما في جوفه من أحجار والغابة لخير ما تحتويه من أشجار ، فإن ما ينتج منها في هذه المواعيد الدورية يعتبر ثماراً ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بأصل الشيء . أما إذا لم يعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال ، فإن المعادن والأحجار والأشجار تعد منتجات لا ثماراً (١) . وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفذ يموت صاحب الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة ، أما أقساط الإيراد الدائم فهذه ثمار لا منتجات لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل ، شأنها في ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . ويعتبر نتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار ، لأنه إذا كان لا ينتقص من الأصل إلا أنه غير دورى (٢) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٨٩ هامش ٤ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ - وهناك رأى ينصب إلى أنه من الثمار الطبيعية

لا من المنتجات (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ ، وقارن ، ستشاف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٥١ المحللة ٣٤ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . والكثير يملكه صاحب الأرض ، فيجب إذن مل الحائز رده كله إلى المالك (انظر في القانون الفرنسى حيث يملك صاحب الأرض نصف الكثر فيجب رده إليه أو يرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨) .

وبعد أن فرقنا بين الثمار والمنتجات على هذا النحو ، يجب القول بأن الذى يملكه الحائز بالحيازة هى الثمار لا المنتجات . والثمار على أنواع ثلاثة :

١ - ثمار طبيعية (fruits naturels) ، وهى من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها ، كالكلاً والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون عمل الإنسان . وهذه يملكها الحائز بفصلها من الأرض وحيازتها ، بشرط أن يكون حسن النية وقت الفصل والحيازة كما سبق القول . ولا يشترط أن يستهلكها أو أن ينقلها من مكانها .

٢ - ثمار صناعية أو مستحدثة (fruits industriels) ، وهى التى ينتجها عمل الإنسان ، كالزروعيات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دورة القز . وهذه كالثمار الطبيعية يملكها الحائز بفصلها وحيازتها وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة (١) . ولا يشترط هنا أيضاً أن يستهلكها ، أو أن ينقلها من مكانها .

٣ - ثمار مدنية (fruits civils) ، وهى الربيع الدورى المتجدد الذى يقبضه مستثمر الشيء من الغير لقاء نقل منفعة الشيء إلى هذا الغير ، وذلك كأجور المساكن والأراضى الزراعية (٢) ، وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام ، وما تدفعه مصلحة المناجم والمهاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر . وهذه الثمار المدنية يملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم تقبض فعلاً ، ما دام الحائز باقياً على حسن نيته . فإذا انقطع حسن النية أو انتهت الحيازة ، لم يملك الحائز منها إلا ما كان مستحقاً يوم انقطاع حسن النية أو انتهاء الحيازة ، فإذا عجل له منها ما يجاوز

(١) أما إذا انفصلت لا بفعل الحائز ، بل بفعل الغير أو بقوة قاهرة ، فإن الحائز لا يملكها ، لأن تملك الحائز للثمار يقوم على عمل إرادى صادر منه هو الاستيلاء على الثمار أو حيازتها ، وهذا غير متحقق فيما نحن بصدده (شفيق شحاته فقرة ٨٤ ص ١٠٩) .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ٢) ، فلا يملكه الحائز إلا بفصله وحيازته وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة .

هذا اليوم استبقى ما كان مستحقاً إلى هذا اليوم ورد الباقي إلى المالك (١) .

٤٦٧ - الأساس القانونى لملك الحائز للثمار : يملك الحائز الثمار بمجرد

قبضه لها على النحو الذى قدمناه ، ويكون سبب الملكية هنا هى الحيازة المقرنة بحسن النية ، وهى حيازة تقع على الشيء الأصل الذى انتج الثمار ثم على الثمار نفسها بقبضتها . فالحيازة هنا أيضاً ، كما فى تملك المنقول بالحيازة (٢) ، هى سبب الملكية . ولكن لا يجوز اعتبار قاعدة تملك الحائز للثمار تطبيقاً لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فالحائز يملك الثمار لاعتبارات تختلف عن الاعتبارات التى يملك الحائز من أجلها المنقول ، ثم إن كلا من القاعدتين تختلف عن الأخرى فى نطاق تطبيقها ، وفى شروط هذا التطبيق (٣) .

أما أن الاعتبارات تختلف ، فذلك لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة تقوم على أساس استقرار التعامل فى المنقول كما قدمنا (٤) ، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فتقوم على اعتبارات أخرى . ذلك أن الحائز للعين وهو يعتقد أنها ملكه يبنى ثمارها ، وهو يعتقد بداهة أنها مملوكة له . وهو يستهلكها فى العادة ، بل هو يرتب حياته على أنها ملكه حتى قبل أن يستهلكها ، دون أن يخطر فى باله أنه مسئول عن ردها لأحد . وما دام هو حسن النية وقت أن يقبض

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتعتبر الثمار مكسوبة من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية ، فإن كانت مدنية فإنها تكسب يوماً فيوماً ، حتى لو عجلت أو تأخر دفعها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

أما فى القانون الفرنسى ، فلا يملك الحائز الثمار إلا بقبضها ، تستوى فى ذلك الثمار الطبيعية والثمار الصناعية والثمار المدنية . فالقبض من الثمار المدنية لا يملكه الحائز ولو كان ميماد استحقاقه قد حل ، على أن الحائز يعتبر قد قبض الثمار المدنية فيملكها إذا كان المدين قد أقر بمديونية نحو الحائز مباشرة أو كان الحائز قد نزل عنها للغير بطريق الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ هامش ٢٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٧٩ - مازو فقرة ١٥٧٧) . وإذا تعجل الحائز قبض الثمار المدنية قبل استحقاقها ، رد ما تعجله منها قبل استحقاقه (كولان كاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٠ .

(٣) انظر عبد الفتاح عبد الباقي فى رسالته فى دور احيازة فى المنقول ص ٣٥٠ -

ص ٣٥٧ - شفيق شحاته فقرة ٨٢ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٣ هامش ٣ -

عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧ - حسن كيرة ص ١١١ - ص ١١٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٣٥ فى آخرها .

الثمار ، وما دام جهله أنها غير مملوكة له يقوم على غلط مغتفر ، فمن العدل أن يتقدم القانون لحمايته ، ويعتبره مالكا لها فعلا ، فلا يكون مسئولاً عن ردها. وبين المالك للعين الذي تركها في أيدي الناس حتى وقعت في يد حائر حسن النية ومن ثم لا يخلو من اللوم ، وبين الحائر حسن النية الذي لم يرتكب خطأ في استهلاكه لثمار يعتقد أنها مملوكة له ، الحائر حسن النية الذي لم يرتكب خطأ هو الأول بالرعاية من المالك للعين الذي يمكن أن ينسب إليه شيء من الخطأ. وقد عرف القانون الروماني قاعدة تملك الحائر للثمار للاعتبارات التي قدمناها، دون أن يعرف قاعدة تملك المنقول بالحيازة لأنها مبنية على اعتبارات أخرى لم يأخذ بها (١).

وأما أن نطاق التطبيق يختلف ، فذلك من وجهين : (١) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة يتناول المنقول كشيء أصلي (chose principale) ، يتملكه الحائر باعتبار أنه هو الأصل لا باعتبار أنه تابع لشيء آخر. أما نطاق قاعدة تملك الحائر للثمار فمقصود على الثمار باعتبارها شيئا تابعا (chose accessoire) فالحائر لا يتملك الشيء الأصلي الذي أنتج الثمار ، إنما يتملك توابعه وهي الثمار ، ولا يتملك من التوابع إلا الثمار فلا يتملك المنتجات. لذلك كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، وتتناول الشيء الأصلي بما يشتمل عليه من توابع ، أشد في شروطها ، من بعض الوجوه ، من قاعدة تملك الحائر للثمار وهي القاعدة التي تقتصر على الشيء التابع دون الشيء الأصلي. (٢) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة ينحصر في منقول مادي معين بالذات أو حق عيني في هذا المنقول ، ولا يتناول المجموع من المال ، وقد سبق بيان ذلك (٢). أما نطاق قاعدة تملك الحائر للثمار ، فيستوى فيها أن يكون الشيء الذي ينتج الثمار شيئا معيناً بالذات أو مجموعاً من المال ، فالوارث الظاهر إذا ردد إلى الوارث الحقيقي نصيبه في التركة يتملك الثمار التي جناها من هذا النصيب إذا كان حسن النية (٣).

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - كولان وكاييتان ودي لامورانديير

١ فقرة ١٢٢٧ ص ١٠٠٣ - مازو فقرة ١٥٦٨ - مارق ورينو فقرة ٤٤ ص ٥١ - ص ٥٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ - فقرة ٤٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - نقض فرنسي ١٠ مايو سنة

١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ٤٢٢ - ١١ يولييه سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣١٥ .

وأما أن الشروط تختلف ، فيظهر ذلك إذا قارنا شروط تملك المنقول بالحيازة بشروط تملك الحائز للثمار في القانون المصري ، فتجد أن هناك فروقا بين القاعدتين أهمها ما يأتي : (١) في تملك المنقول بالحيازة ، يشترط وجود السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، وإن كان يفترض وجوده. أما في تملك الحائز للثمار ، فلا يشترط وجود السبب الصحيح أصلا ، ولو كعنصر من عناصر حسن النية . (٢) في تملك المنقول بالحيازة ، المفروض دائما أن الحائز قد تعامل مع غير المالك . أما في تملك الحائز للثمار ، فقد يتعامل الحائز مع غير المالك أو مع المالك . (٣) في تملك المنقول بالحيازة ، حسن النية معناه أن الحائز يعتقد أنه تعامل مع المالك ، في حين أنه يكون قد تعامل مع غير المالك. أما في تملك الحائز للثمار ، فحسن النية معناه أن يجهل الحائز عيوب سنده ولو تعامل مع المالك ، فيعتقد أن ملكية العين قد خلصت له دون شائبة . (٤) في تملك المنقول بالحيازة ، يكفي أن يتوافر حسن النية وقت بدء الحيازة ، فيتملك الحائز المنقول في الحال ، وينتقل المنقول إلى وارثه حتى لو كان هذا سيء النية . أما في تملك الحائز للثمار ، فيجب أن يتوافر حسن النية وقت القبض في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار ، ولا يكفي أن يكون حسن النية في الثمار التي يقبضها أولا إذا انقطع حسن نيته فيما يقبض بعد ذلك من ثمار ، بحيث أن المورث لو كان حسن النية وتملك الثمار بالقبض فإن الوارث لا يملكها إذا كان سيء النية (١) .

§ ٢ - عزم تملك الحائز للثمار ووجوب ردّها للمالك

٤٦٨ - متى لا يملك الحائز الثمار : قدمنا أن الحائز لا يملك الثمار إلا إذا كان حسن النية وقت قبضها ، وعلى ذلك لا يملكها في الأحوال الآتية : (١) إذا كان سيء النية منذ البداية . (٢) إذا كان حسن النية في أول الأمر ، ثم أصبح سيء النية بعد ذلك . (٣) منذ أن يرفع عليه المالك الدعوى بالاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى .

(١) انظر في هذه الفروق في القانون الفرنسي بودوى وفيسيه فقرة ٨٧٨ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٧ .

٤٦٩- الحار الأولي- الحائر سىء النية من البراية : إذا كان الحائر ،

وهو يضع يده على العين التي تنتج الثمار ، سىء النية منذ البداية ، كأن ورثها وهو يعلم أنها غير مملوكة لمورثه ، أو أخذها بوصية يعلم أن الموصى قد عدل عنها (١) ، أو اغتصبها ، أو اشتراها من غير مالك وهو يعلم أن البائع لا يملكها ، أو اشتراها من مالك بعقد مشوب بعيب وهو يعلم هذا العيب ، فانه لا يملك الثمار بالحيازة ما دام أنه سىء النية . فاذا رفع المالك دعوى على الحائر سىء النية يسترد بها العين ، فانه يستردها ويسترد معها جميع الثمار التي قبضها الحائر أو التي قصر في قبضها على ما سئرى (٢) .

ولا يمتنع على المالك أن يسترد من الحائر سىء النية ثمار العين إلا في أحد الفروض الآتية : (١) إذا تملك الحائر سىء النية العين بالتقادم الطويل ، فانه يكسب تبعاً للملكية العين ملكية ثمارها ، حتى الثمار التي لم يمض على قبضها مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بفضل الأثر الرجعى للتملك بالتقادم (٣) . (٢) إذا تملك الحائر سىء النية الثمار بالتقادم الطويل ، استقلالاً عن أصل العين . فقد لا يملك الحائر العين نفسها لسبب أو لآخر ، كان يتخلى عن حيازتها أو تترع منه قبل أن تكتمل مدة التقادم ، ومع ذلك يكون قد قبض ثمارها ويبقى حائراً للثمار مدة خمس عشرة سنة . فيتملكها بالتقادم الطويل استقلالاً عن العين ، ويمتنع على المالك استردادها . (٣) إذا سقطت دعوى استرداد الثمار بالتقادم المسقط ، فقد تمضى على استحقاق الثمار في ذمة الحائر مدة خمس عشرة سنة دون أن يملكها بالتقادم المكسب ، فتسقط دعوى استردادها بالتقادم المسقط .

(١) أو أخذها بوصية باطلة وهو يعلم بطلانها (استئناف مصر ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) .

(٢) أنظر ما يل فقره ٤٧٢ .

(٣) وقد قلنا (آنفاً فقره ٤١٥) أن الحائر الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يكن قد تملكها استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فاذا قبض الحائر سىء النية الثمار ، فانه لا يملكها بالقبض لسوء نيته ، ولا يملكها بالتقادم استقلالاً إذا لم يمض على قبضها إياها خمس عشرة سنة . ولكن إذا تملك العين ذاتها بالتقادم فانه لا يرد الثمار للمالك ، فقد اعتبر مالكا للعين وقت سريان التقادم ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار ، ومن ثم يملك الثمار باعتباره مالكا لأصل العين التي أنتجتها .

وتنص المادة ٢/٣٧٥ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ولا يستط الربع المستحق في ذمة الحائر سوى النية . . إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

٤٧٠ - الحار الثاني - الحائر من النية في أول الأمر ثم أصبح سىء

النية بعد ذلك : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٩ مدني تنص على أن يكون الحائر سىء النية مستولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ... « . فقد يبدأ الحائر حيازته للعين وهو حسن النية ، ثم يعلم بعد مدة ما أن العين لم تخلص له ملكيتها ، فينقلب إلى حائر سىء النية . وقد يبقى على حسن نيته إلى أن يموت ، ويرث العين وارث يعلم أنها غير مملوكة لمورثه فيكون الوارث سىء النية . ولما كان حسن النية في تملك الحائر للثمار مطلوباً توافره وقت قبض الحائر للثمار وفي كل مرة يقبض فيها هذه الثمار (٣) ، فإنه متى أصبح سىء النية على الوجه الذي قدمناه لا يستطيع أن يملك الثمار بالحيازة من وقت أن يصبح سىء النية (٤) . والمفروض أن الحائر حسن النية وأنه يبقى مستمراً في حسن نيته ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائر قد أصبح سىء النية في وقت معين ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن سوء النية واقعة مادية . وإذا أثبت المالك أن الحائر قد أصبح سىء النية في وقت معين ، فإن الثمار التي يكون قد قبضها وهو حسن النية يملكها بالحيازة ولا يردّها إلى المالك . أما الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سىء النية ، فإنه لا يملكها بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك . وتسرى ، منذ الوقت الذي أصبح فيه الحائر سىء النية ، الأحكام التي قدمناها في الحالة الأولى عندما يكون الحائر سىء النية منذ البداية . فيسترد المالك العين مع جميع الثمار التي قبضها الحائر أو قصر في قبضها منذ أن أصبح سىء النية ، ولا يمتنع على المالك أن يسترد هذه الثمار إلا في أحد الفروض الثلاثة التي سبق بيانها في الحالة الأولى (٥) .

(١) انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٠٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

(٤) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٨٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ .

٤٧١ - الحالة الثالثة - الحائز بان على حسن نية ولكن المالك رفع عليه

الدعوى : وليست هذه الحالة الثالثة مصرحاً بها في المادة ٩٧٩ مدني (١) ، ولكن يجب أن تستكمل هذه المادة بنصين آخرين وردت فيهما هذه الحالة بالذات . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدني على ما يأتي : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . وتنص المادة ١٨٥ مدني على أنه ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم إلا برد ما تسلم . ٢ - أما إذا كان سىء النية ، فانه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنيتها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سىء النية . ٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى » .

والدعوى التي يرفعها المالك على الحائز حسن النية ، فيجعله برفعها سىء النية ، تتنوع بحسب الأحوال . ويغلب أن تكون دعوى استحقاق يطالب فيها المالك الحائز بالعين وثمارها ، ويصح أن تكون دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ مدني السابق ذكرها) ، كما يصح أن تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) . وأياً كانت هذه الدعوى ، فان رفعها على الحائز حسن النية يجعله في حكم الحائز سىء النية من وقت رفع الدعوى . ومعنى ذلك أنه لا يملك الثمار من ذلك الوقت ، ويجب عليه ردها للمالك فيما لو كسب هذا الأخير الدعوى . وكذلك يكون الحكم حتى لو لم ترفع دعوى على الحائز حسن النية ولكن الحائز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه ، فيعامل معاملة الحائز سىء النية ، ولا يملك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين .

والمفروض هنا أن الحائز حسن النية ، عندما رفعت عليه الدعوى أو عندما اغتصب الحيازة بالإكراه ، بقي على حسن نيته يعتقد أنه يملك العين بالرغم من رفع الدعوى عليه أو بالرغم من أنه اغتصب الحيازة بالإكراه ، وبالرغم من

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) انظر فقرة ٤٧٢ .

بقائه على حسن نيته فانه يعامل معاملة الحائز سوى النية فلا يملك الثمار . ولو أنه تبين من رفع الدعوى عليه أنه لا يملك العين ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الثانية ، ولكان الحائز بعد حسن نيته قد أصبح سوى النية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الثانية . أو لو أن الحائز عندما اغتصب الحيازة بالإكراه كان يعلم أنه غير مالك للعين فاغتصب حيازتها ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الأولى ، ولكان الحائز سوى النية منذ البداية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الأولى .

فالمفروض إذن كما قلنا أن الحائز يبقى على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ، أو كان حسن النية عندما اغتصب الحيازة بالإكراه يعتقد أن العين مملوكة له وأراد أن ينتصف لنفسه بنفسه . فإذا كان اعتقاده بأنه هو المالك للعين صحيحا ، كسب دعواه ، واستبقى العين وثمارها . ولم يعد هناك محل لإثارة اعتباره سوى النية لمنعه من تملك الثمار ، فقد تبين أنه يملك الثمار لا بالحيازة بل لأنه يملك العين نفسها التي أنتجت هذه الثمار . أما إذا كان اعتقاده بأنه هو المالك غير صحيح ، فانه يجب عليه أن يرد العين للمالك ، وأن يرد له الثمار من وقت رفع الدعوى ، على أساس أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى . فالحكم عليه برد العين يستند إلى هذا الوقت ، ولهذا يرد الثمار من وقت رفع الدعوى بالرغم من أنه يبقى حسن النية بعد رفعها (١) . ويرد للمالك الثمار من

(١) لو برى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٢٨٤ هامش ٢٤ - بلانول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ ص ١٩٠ - ويرد الحائز الثمار من وقت رفع الدعوى عليه في أول درجة ، حتى لو كسب الدعوى ابتداءً واستئنافاً ولكن نقض الحكم بعد ذلك أو قبل فيه التماس إعادة النظر (لو برى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٢٨٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحائز بعد سوى النية من الوقت الذي علم فيه بعيوب سند حيازته . وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه في خصوص استحقاق الثمار ، لأن الحكم الذي يصدر فيها يستند إلى تاريخ رفعها (نقض ملق ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ جزء أول ص ٥٨٧ أرقام ١٢ و ١٣ و ١٤ - فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٦ ص ٢٠٩ - استئناف وطني ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ انمامة ٣ رقم ١١ ص ٢٧) . وقضى بأن من ينصرف له النفس في مال التفليح يصبح سوى النية ويجب عليه رد الثمار من الوقت الذي يطلب فيه التملك برد المال إلى التفليح (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٧) .

وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه ، لأنه ما كان ينبغي أن ينتصف لنفسه بنفسه بل كان عليه أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداد ما يعتقد أنه ملكه ، والآء، وقد تبين أنه غير مالك للعين لم يجز أن يتملك الثمار بحيازة كان الإكراه منشأها ولو كانت مقترنة بحسن النية . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قلناه هناك (١) .

٤٧٢- الثمار التي يجب ردها للمالك : وتنص المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٢) ، على أن يكون الحائز سيء النية مستولاً من وقت أن يصبح سيء

(١) انظر آتقاً ققرة ٢٩٤ - وانظر الوسيط ١ ققرة ٨٣٦ - وقد كانت بعض الأحكام في عهد التقنين المدني السابق تقضي بتملك الحائز للثمار حتى بعد رفع الدعوى ، ما دام باقياً على حسن نيته (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) ومنها ما اعتبر الحائز سيء النية من وقت الإنذار وقبل إعلان صحيفة الدعوى (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٨٤) . ولكن أغلب الأحكام اعتبرت الحائز سيء النية من وقت رفع الدعوى (استئناف وطني ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٢ - استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٧٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٤١ ص ١٣٠ - ١٢ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥ - استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٠٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ص ٢٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٢ - ٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ - ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ - ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٣٥ - أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٧٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ - وانظر شفيق شحاته ققرة ٨٨ - محمد علي عرفه ٢ ققرة ١٠٧ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ٢٨ ص ٢٨) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضح اليد إلى أن العيب الذي يلحق وضع يده ليس مقصوراً على الجزء المرفوعة به الدعوى ، بل إن العيب شامل لجميع العين التي وضع يده عليها ، كما إذا رفضت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة إلى باقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة ، وعلم واضح اليد بالعيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ، ويجعله مستولاً عن ثمرة العين من تاريخ هذا العلم (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١٩ ص ٢٢٨) .

(٢) انظر آتقاً ققرة ٤٦٠ .

النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه . يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار . ويخلص من هذا النص أنه في الأحوال التي يجب فيها على الحائز رد الثمار إلى المالك ، يلزم الحائز برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها . ومن جهة أخرى يجوز له أن يسترد من المالك ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار . فالحائز يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها وهذه يردها عينا إذا كانت لا تزال موجودة في يده ، أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها . ويجوز أيضا أن يلزم بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القانوني من وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك ، وذلك على سبيل التعويض (١) . ويلتزم الحائز فوق ذلك بأن يرد إلى المالك قيمة الثمار التي قصر في قبضها ، أي الثمار التي كان يجنيها المالك لو أن العين كانت في حيازته ، ويقدر قاضي الموضوع قيمة هذه الثمار . وكذلك يلتزم بدفع فوائد هذه القيمة على الوجه الذي سبق ذكره . وعلى ذلك يلتزم الحائز بأن يرد للمالك قيمة الثمار التي جناها من تلقى الحيازة من الحائز ، سواء كان هذا قد جناها بسوء نية أو بحسن نية (٢) .

وإذا كان الحائز سيء النية يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها على الوجه السالف الذكر ، فإن المالك من جهة أخرى يلتزم بأن يرد للحائز المصروفات التي أنفقها هذا في إنتاج هذه الثمار (٣) ، ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التي قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار . كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة ، والتكاليف التي تثقل الثمار من ضرائب ورسوم وغيرها . فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استئصال المصروفات والتكاليف ، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز (٤) .

(١) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٣٦٤ - شفيق شعاته فقرة ٨٢ ص ١٠٥ هاش ١ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإذا أصبح الحائز سيء النية ، وجب عليه رد الثمار بعد استرداد نفقات إنتاجها ، من وقت أن أصبح سيء النية . وقد تقدم أنه يصبح سيء النية حتما من وقت رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

(٤) بودري وشوفو فقرة ٣٢٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٣٦٤ .

٤٧٣ - كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سىء النية : والمالك يسترد الثمار من الحائز سىء النية إما مع العين التى انتجت هذه الثمار وهذا هو الغالب ، أو مستقلة عن هذه العين .

فيسترد الثمار مع العين بأن يرفع فى العادة دعوى استحقاق يطالب الحائز فيها بالعين مع ثمارها . ودعوى الاستحقاق هذه لا تسقط بالتقادم ، فللمالك أن يرفعها على الحائز فى أى وقت ليسترد بها العين والثمار ، ولو بعد انقضاء خمس عشرة من خروج العين من حيازة المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد تملك العين بالتقادم الطويل ، فعند ذلك لا يستطيع المالك أن يسترد العين ولا ثمارها (١) . وقد يكون المالك سلم العين للحائز معتقدا أنها ملك هذا الأخير ، ويتبين بعد ذلك أن العين غير مملوكة للحائز . فيجوز فى هذا الفرض أن يسترد المالك العين من الحائز بدعوى شخصية هى دعوى استرداد غير المستحق . فإذا كان الحائز قد تسلم العين وهو حسن النية معتقدا أنه يملكها ، لم يلتزم أن يرد للمالك الا العين وحدها دون الثمار ، لأنه يكون قد تملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية (م ١٨٥ / ١ مدنى) . أما إذا كان الحائز سىء النية . فانه يلتزم أن يرد للمالك العين والثمار ، لأنه لم يملك الثمار إذ هو سىء النية (م ١٨٥ / ٢ مدنى) . ويلتزم الحائز على كل حال ، ولو كان حسن النية ، برد الثمار من يوم أن يرفع عليه المالك دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ / ٣ مدنى) ، وقد سبق ذكر ذلك (٢) . وتسقط بالتقادم الدعوى الشخصية باسترداد غير المستحق ، من عين وثمار ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحقه فى الاسترداد، وتسقط الدعوى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم أن يسلم المالك العين للحائز (م ١٨٧ مدنى) .

ويسترد المالك من الحائز سىء النية الثمار مستقلة عن العين ، إذا خرجت العين من حيازة الحائز وبقيت الثمار فى يده . فعند ذلك يستطيع المالك أن يسترد هذه الثمار عينا من الحائز بدعوى استحقاق لأنه هو المالك للثمار ،

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٦٩ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٤٧١ .

ولا تسقط دعوى الاستحقاق هذه بالتقادم . ولكن يجوز للحائز أن يملك الثمار بالتقادم المكسب الطويل إذا بقي حائزاً لها مدة خمس عشرة سنة ، وعند ذلك لا يستطيع المالك أن يستردها . وإذا كان الحائز قد استهلك الثمار ، أو كانت الثمار تتمثل في مبلغ من النقود هو ريع العين ، فإنها تصبح ديناً في ذمة الحائز للمالك . فيجوز للمالك أن يطالب الحائز بهذا الدين ، مع العين إذا كانت باقية في يد الحائز أو بلدونها إذا خرجت من يده . ولا تعتبر الثمار إذا أصبحت ديناً في ذمة الحائز حقاً دورياً متجدداً كالأجرة يسقط بخمس سنوات ، بل لا يسقط هذا الدين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه بالتقادم المسقط . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدني صراحة على ذلك ، إذ تقول : « ولا يسقط الربع المستحق في ذمة الحائز من ثمة النية ... إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الحائز برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية المتجددة التي تسقط بالتقادم الخمسي ، ومن ثم فلا تقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً للمادة ٣٧٥ مدني التي قننت ما كان مقرراً في ظل القانون المدني الملغى . فلذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطامنة ستة نية في وضع يلحق كل جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص ومستولة بالتال عن رد الثمرات ، وأن التزامها في هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة الطامنة ببيع الأرض التي استولت عليها دون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية، فإن الوزارة في هذه الحالة تعتبر في حكم الحائز من ثمة النية ، ولا يسقط الربع المستحق في ذمتها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه المادة ٣٧٥ / ٢ من القانون المدني القائم التي قننت ما كان مستقراً عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة في ظل التقنين الملغى ، وذلك على أساس أن التزام الحائز من ثمة النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة التي تقادم بمضي خمس سنوات (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٦ بمجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٨١ ص ١٩٤٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ انضمام ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ . وانظر بودري وشوفو فقرة ٣٢٨ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٦٤ ص ٣٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٢ - عبد المنعم البهراوى فقرة ٢٥ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٩ ص ٤٥٤ .

القسم الثاني

الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يلحق به - حق الارتفاق)

تمهيد

٤٧٤ - مصدر الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية : قدمنا في

الجزء الثامن من الوسيط (١) أن حق الملكية يتفرع عنه حقوق عينية أصلية خمسة ، ذكرها التقنين المدني . وهي حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر .

ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة في التقنين المدني حقوق ثلاثة أخرى . وهي حق المستحق في الوقف فهو حق عيني غير الحق الشخصي الذي له في تقاضى الغلة من الناظر ، والحق الذي يرد على الأشياء غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع ، وحق استغلال المناجم والمهاجر (٢) .

٤٧٥ - الباقي للبحث من هذه الحقوق : وقد سبق بحث حق الحكر

عند بحث عقد الإيجار ، في الجزء السادس من الوسيط . وكذلك سبق بحث حق المؤلف وحق المخترع ، وبحث حق استغلال المناجم والمهاجر ، في الجزء الثامن من الوسيط . أما حق المستحق في الوقف فهو من مباحث الشريعة الإسلامية ، وقد ألغى على كل حال فيما عدا الوقف الحبرى .

فلم يبق للبحث إذن ، من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، غير حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، وغير حق الارتفاق .

ولما كان حق الاستعمال وحق السكنى نوعين خاصين من حق الانتفاع ، لذلك نبحت حق الانتفاع ومعه حق الاستعمال وحق السكنى في الباب الأول من هذا القسم . ونبحت في الباب الثاني حق الارتفاق .

(١) فقرة ١٢٥ من ٢٢٢ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ١٢٥ من ٢٢٢ هامش ٢ .

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع (Usufruit)

تمهيد

٤٧٦ - التعريف بحق الانتفاع : لم يورد التقنين المدني الجديد تعريفاً لحق الانتفاع ، جرياً على عادته في الإقلال من التعريفات بقدر المستطاع . ولكن التقنين المدني السابق عرف هذا الحق في المادة ٩/١٣ منه بأنه « هو حق للمستفع في استعمال ملك غيره واستغلاله » . وعيب هذا التعريف أنه أوسع مما يجب ، فهو يشمل أى حق للشخص في الانتفاع بملك غيره واستغلاله ، فيدخل حق المستفع كما يدخل حق المستأجر وحق المبتكر . والانتفاع بملك الغير يكون إما بموجب حق شخصي كما هو الأمر في حق المستأجر ، أو بموجب حق عيني كما هو الأمر في حق المستفع وحق المبتكر . فكان الواجب أن يميز حق الانتفاع في التعريف بأنه حق عيني ، حتى يفارق بذلك حق المستأجر . ثم إن حق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المستفع ، على خلاف حق المبتكر فإنه قد يبقى بعد موت المبتكر فينتقل إلى ورثته وقد يدوم ستين سنة . فكان الواجب أيضاً أن يذكر في تعريف حق الانتفاع هذا المميز الجوهرى ، وهو أنه ينتهي حتماً بموت المستفع (١) .

(١) ويعرف قانون الملكية العقارية اللبناني (م ٣٢) حق الانتفاع على الوجه الآتى :
« الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير ويالتص به ، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المستفع - ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح أشخاص معينين » . ويعرفه التقنين المدني السوري (م ٩٣٦) بما يأتى : ١ - الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله .
٢ - ويسقط هذا الحق حتماً بموت المستفع . ٣ - لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص اعتباري » .

ويعرف الفقه الفرنسي عادة حق الانتفاع تعريفاً أقرب إلى الدقة ، على النحو الآتي : حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير ، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع ، الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المتفع^(١) . ويشار في صدد هذا التعريف إلى أنه يميز حق المتفع عن حق المستأجر بعينية حق المتفع ، ويميز حق المتفع عن حق المحتكر بانتهاء حق المتفع حتماً بموته . ويرجع إلى ظروف المعاملة ونية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان الحق حق انتفاع ، أو كان حقاً عينياً آخر ، أو حقاً شخصياً في الانتفاع بملك الغير^(٢) .

٧٧- فصائص حق الانتفاع : ويتبين من التعريف سالف الذكر أن حق الانتفاع حق عيني ، وأنه ينتهي حتماً بموت المتفع ، وأنه يقع على شيء غير قابل للاستهلاك .

١ - فحق الانتفاع حق عيني : وبهذا يتميز عن حق المستأجر كما قدمنا ، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة ، ويلزم هذا الأخير بتمكينه من ذلك فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة ، أما المتفع فله حق عيني يقع مباشرة على الشيء المتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشيء . ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملتزماً قبل المتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر ، بل كل ما على المالك هو ألا يتعرض للمتفع في مباشرة حقه ولا يلتزم نحوه بشيء . فإذا احتاجت العين إلى إصلاح لم يلتزم المالك أن يقوم به كما يلتزم المؤجر ، وسيأتي بيان ذلك . وإذا كان محل حق الانتفاع عتاراً ، فإن حق الانتفاع يعتبر مالا عقارياً يجوز رهنه رهناً رسمياً ، بخلاف ما إذا كانت العين المؤجرة عقاراً فإن حق المستأجر وهو حق شخصي لا يعتبر مالا عقارياً بل مالا منقولاً لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وإذا نزل المتفع عن حق الانتفاع للغير فإنه يتزل عن حق عيني لا يقتضي تدخل المالك كما يقتضي تدخله التزل عن حق المستأجر ، إذ يعتبر تزل المستأجر عن حقه الشخصي للغير حوالة حق فتقتضي إعلان المؤجر بها . فإذا ما كانت العين

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٢١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ .

عقارا ، فإن نزول المستأجر عن حقه الشخصي للغير يبقى حوالة فلا يجب التسجيل . أما نزول المنتفع عن حق انتفاعه بالعقار للغير فانه يعتبر انتقالا لحق عيني ، فيقتضى التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ^(١) . وإذا كان حق الانتفاع حقا عينيا ، فانه حق عيني يتميز عن حق الملكية ، بل هو يثقل حق الملكية وينتقصر منها . وقد قدمنا أن حق الملكية يشتمل على عناصر ثلاثة ، حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فحق الانتفاع ، ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال ^(٢) ، مجرد حق الملكية من هذين العنصرين ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف . ومن ثم تصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع ملكية غير كاملة وتسمى بملكية الرقبة (nue-propriété) . ويتجمع في المال الواحد حقان عينيان ، حق الرقبة للمالك ويسمى مالك الرقبة وحق الانتفاع للمنتفع ^(٣) . ومالك الرقبة والمنتفع ليسا شريكين على الشيوع في المال ، فالشيوع لا يكون إلا في حقوق من طبيعة واحدة تتراحم على الشيء الواحد . أما طبيعة حق الرقبة فتختلف عن طبيعة حق الانتفاع ^(٤) ، وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ولا للمنتفع أن يطلب قسمة المال كما يجوز ذلك للمالك في الشيوع ، ويبقى كل منهما محتفظا بحقه متميزا عن حق الآخر دون تراحم بينهما . ولكن يصح أن تكون الرقبة نفسها

(١) والمنتفع في الدفاع عن حيازته لحقه العيني جميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة ، ولذلك لم يرد نص خاص في ذلك ، أما المستأجر فله أيضاً في الدفاع عن حيازته لحقه الشخصي جميع دعاوى الحيازة ولكن بموجب نص خاص (م ٥٧٥ مدني) كان لازماً لك الحيازة إلى الحقوق الشخصية تأثراً بالنظرية المادية للحيازة (انظر آتفاً فقرة ٢٦٧) .

(٢) ومن هذين العنصرين (usus, fructus) تكون اسم حق الانتفاع (usufruit) .
(٣) ولا بد أن يكون المنتفع شخصاً آخر غير مالك الرقبة ، فيرتب حق الانتفاع لشخص على مال مملوك لشخص آخر . ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة إنه يملك كلا من الرقبة وحق الانتفاع ، بل إن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة ، وعلى ذلك لا يجوز لمن يملك المال ملكية كاملة أن يرهن حق الانتفاع مستقلاً عن الرقبة ، ولا أن يرهن الرقبة مستقلة عن حق الانتفاع (اسماعيل عانم ص ٤) . والذي يجوز هو أن ينشئ المالك حق انتفاع على ماله فلا تبقى له إلا الرقبة ، أو أن يتصرف في الرقبة لغيره ويستبقى لنفسه حق الانتفاع .

(٤) بلانيول وريبيير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ .

أو حق الانتفاع نفسه مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص ، فيجوز عندئذ للشريك على الشيوع في الرقبة أو في حق الانتفاع أن يطلب القسمة (١) .

٢ - وحق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع : فلا يبقى حق الانتفاع بعد موت المنتفع ، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة . وهذا بخلاف حق المستأجر ، فهو في الأصل لا ينتهي بموت المستأجر ، وإذا انتهى فلأنما يكون ذلك في حالات استثنائية (م ٦٠١ / ٢ و م ٦٠٢ مدني) . وهذا لا يعني أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع ، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل ، ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت المنتفع . ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل ، فإن حق الانتفاع ينتهي

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ - وقد يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء شائع من تركته ، فيكون للورثة حق الملكية الكاملة pleine propriété فيما يجاوز هذا الجزء الشائع وحق الرقبة في الجزء الشائع ، ويكون الموصى له حق الانتفاع في الجزء الشائع . فهناك إذن شيوع بين الورثة والموصى له فيما يتعلق بحق الانتفاع بالتركة جميعها ، إذ أن للورثة ، فيما جاوز الجزء الشائع الموصى بحق الانتفاع به ، حق انتفاع بنفسه ملكيتهم الكاملة ، فهم إذن شركاء في الشيوع مع الموصى له في حق الانتفاع بالتركة جميعها كما سبق القول . وعلى ذلك يستطيع الموصى له أو أي من الورثة أن يطلب قسمة حق الانتفاع الشائع في جميع التركة . فإذا أمكنت القسمة عينا ، أفرز جزء من التركة يكون فيه للموصى له حق الانتفاع والورثة حق الرقبة ، وأفرزت بقية أموال التركة ويكون للورثة حق الملكية الكاملة فيها . أما إذا لم تمكن القسمة عينا ، فهل يجوز بيع كل التركة على سبيل قسمة التصفية licitation ؟ يذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن هذا لا يجوز ، إذ قسمة التصفية هنا تؤدي إلى أن تكون هناك قسمة بين الرقبة وحق الانتفاع وهذا ممنوع قانوناً (لوران ٦ فقرة ٣٦٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣٤ هامش ١١ - بيدان في تعليقه في دالوز ٧٨ - ١ - ١٤٥) . ولكن القضاء الفرنسي لا يأخذ بهذا الرأي ، مراعيًا في ذلك مصلحة الجميع . فيبيع التركة بملكيتها الكاملة يكون أربح صفقة من أن يباع جزء شائع من التركة بملكيتها الكاملة وأن يباع جزء شائع آخر مثقالا بحق الانتفاع . فإذا طلب الموصى له أو أحد من الورثة بيع التركة جميعها بملكيتها الكاملة على سبيل قسمة التصفية ، أوجب إلى طلبه ولو عارض في ذلك الآخرون (نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٢٨٥ - ٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ سيري ٨٠ - ١ - ١٨١ - ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ - ١ - ١١٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٥٤ جازيت دي باليه ١٩٥٤ - ٢ - ٢٢١) . ويقر رأي آخر في الفقه الفرنسي ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في ذلك (بودري وقال في الموازيث ٢ فقرة ٢٨٢٦ - لاييه في تعليقه في سيري ٨٠ - ١ - ١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٨ - ص ٧٥٩ - كاربونيه ص ١١٦) .

حتمًا ، وذلك بالرغم من أن الأجل لم يتقضى . والحكمة في انتهاء حق الانتفاع حتمًا بموت المتفع ، أن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال ، فلا المتفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف في ملكية المال كاملة ، ولا مالك الرقبة يتيسر له أن يجد مشترياً للرقبة وهي عاطلة عن حق الانتفاع (١) . فأصبح المال في وضع اقتصادي غير مرغوب فيه ، ولذلك عين المشرع حداً أقصى لهذا الوضع ، وهو حياة المتفع . فلا ينتقل حق الانتفاع بموت المتفع إلى ورثته بل ينتهي حتمًا . فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة ، ويرجع المال إلى وضعه العادي من التداول .

وإذا كان حق الانتفاع يحد من حركة تداول المال كما قدمنا ، فإنه أيضاً يحمل في ذاته عاملاً من عوامل الشك وعدم الاستقرار بسبب القاعدة التي نحن بصددتها من أنه ينتهي حتمًا بموت المتفع . فسواء حدد لحق الانتفاع أجل أولم يحدد ، فإنه لا يعرف متى ينتهي : إذ قد يموت المتفع قبل انقضاء هذا الأجل والموت لا يعرف مواعده على وجه محقق . فتقدير قيمة حق الانتفاع ، عندما يكون هناك محل لذلك ، يصعب البت فيه ، إذ يحول دون ذلك عدم معرفة موعد انقضائه حتى لو كان له أجل محدد ، إذ ينتهي حتمًا بموت المتفع ولو قبل انقضاء الأجل كما سبق القول . وقد واجه المشرع هذه الصعوبة في حالات مختلفة ، ففي حالتين منها لجأ إلى التحكم لأنه أراد أن يبت في حق الانتفاع في الحال . الحالة الأولى إذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، وأريد توزيع التعويض المستحق عن نزع الملكية بين مالك الرقبة والمتفع ، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يقدر قيمة حق الانتفاع اجتهاداً ، مراعيًا في ذلك سن المتفع وحالته الصحية . والحالة الثانية ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الإصلاح الزراعي في شأن توزيع التعويض المستحق عن الاستيلاء بين مالك الرقبة والمتفع ، ففي هذه الحالة يكون للمالك الرقبة ثلثا التعويض وللمتفع الثلث الباقي . وفي حالة

(١) هذا إلى أن صاحب الانتفاع يسمى بطبيعة الوضع الذي هو فيه إلى أن يستخلص من العين كل ما يستطيع استخلاصه من منفعة دون أن يحاول تحمين العين إذا كان هذا التحمين سيؤثر نفعه إلى صاحب الرقبة عند انقضاء حق الانتفاع . وتشتد أضرار حق الانتفاع في الأرض الزراعية ، ويتلوها في التأثير بالضرر المادي والتاجر والمصانع ، ويخف الضرر كثيراً في الأوراق المالية (كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٥٩ ص ٨٥٧) .

ثالثة لم يلبجاً المشرع إلى التحكم ، إذ نص في المادة ٩٩٤ مدني على أن « ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . فإذا قام مقام الشيء تعويض أو مبلغ تأمين مثلاً على سبيل الحلول العيني ، كان للمتفع الفوائد المدة التي يدوم فيها حق الانتفاع ، ويبقى رأس المال دون الفوائد للمالك الرقبة إلى أن ينتهي حق الانتفاع ، فإذا انتهى آلت الفوائد للمالك (١) .

٣ - وحق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك : وذلك لأن الشيء بذاته يعود إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فوجب أن يكون باقياً بعد الانتفاع به ، ويعني ذلك أن يكون شيئاً غير قابل للاستهلاك (٢) .

هذا هو الأصل . غير أنه يقع في بعض الأحيان أن يوصي شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء من تركته ، وقد تشتمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك ، فإذا أفرزت الأموال التي يستعمل عليها المتفع حق انتفاعه دخل في هذه الأموال أشياء قابلة للاستهلاك . فكيف يباشر المتفع حق انتفاعه على هذه الأشياء ، وهو لا يستطيع الانتفاع بها إلا باستهلاكها ؟ تجيب على ذلك المادة ٥٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأنه « إذا شمل حق الانتفاع أشياء لا يمكن استعمالها دون استهلاكها ، كالنقود والغلل والحمور ، كان للمتفع الحق في استهلاكها ، بشرط أن يرد مثلها في الكمية والصفة والجودة » (٣) . ويستخلص من هذا النص أن الذي ينتقل إلى المتفع في الشيء القابل للاستهلاك ليس هو مجرد حق انتفاع ، بل هو حق ملكية كاملة يبيع للمتفع أن يستهلك الشيء ، على أن يرد

(١) أنظر في ذلك إسماعيل غانم ص ٥ - ص ٦ .

(٢) هذا إلى أن المتفع ليس له إلا أن يستعمل الشيء وأن يستغله دون أن يستهلكه أو يتصرف فيه ، والشيء القابل للاستهلاك لا يمكن استعماله دون استهلاكه أو التصرف فيه ، ومن ثم لا يكون الشيء القابل للاستهلاك في الأصل قابلاً لأن يترتب عليه حق انتفاع .

(٣) والحل الذي أتى به نص التقنين المدني الفرنسي لا يمكن تصور غيره ، وهو منقول عن القانون الروماني . فقد كان هذا القانون في أول الأمر يمنع ترتيب حق الانتفاع على شيء قابل للاستهلاك لأن طبيعة هذا الشيء تستعصي على أن يرد عليه هذا الحق ، ثم تطور القانون فأباح ذلك ، وسمى الحق في هذه الحالة بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit) . ونقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم في المادة ٥٨٧ سالف الذكر .

مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع (١). فالمنتفع إذن يصبح مالكا للشيء القابل للاستهلاك . فلا تكون هناك رقة تبقى للمالك ، وإنما يكون المالك دائنا للمنتفع بمثل الشيء أو قيمته (٢) . وهكذا تتحول الرقة من حق عيني هو ملك الرقة . إلى مجرد دائنية (créance) للبالك في ذمة المنتفع (٣) . وهذا هو الحكم الذي أخذ به في مصر . وقد ورد في شأنه نص صريح ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدني : « وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك . وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » .

٤٧٨ - **الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً لحق الانتفاع :** يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع العقار كاللور والأراضي الزراعية والمناجم والمحاجر ، والمنقول كالألات والسيارات والمركبات والمواشي والأشياء المنقولة التي لحاملها والأشياء القابلة للاستهلاك ويترتب على هذه الأشياء الأخيرة شبه حق انتفاع كما سبق القول .

ويصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع ، ليس فحسب الأشياء المادية كالأشياء التي تقدم ذكرها ، بل أيضاً الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف

(١) ويقرب شبه حق الانتفاع بذلك من حق القرض في عقد القرض ، في الحالتين تنتقل ملكية أشياء قابلة للاستهلاك من شخص إلى آخر حل أن يرد هذا الأخير للأول مثلها أو قيمتها . ولكلتهما مختلفان فيما يأتي : (أ) ينتهي شبه حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع حتى لو حدد له أجل ولم ينقض ، أما القرض فلا يحل بموت المقرض ولكن بانقضاء الأجل ، ويبقى القرض ديناً في التركة لومات المقرض قبل حلول الأجل . (ب) القرض لا يكون إلا بمقد أما شبه حق الانتفاع فقد يكون بمقد ولكن يطلب أن يكون برصية . (ج) يجب في شبه حق الانتفاع تقديم كفالة وعمل جرد للأشياء القابلة للاستهلاك (م ٩٩٢ مدني) ، ولا يجب ذلك في القرض . أنظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١٨ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٩ ص ٧٥٦ .

(٣) ويترتب حل ذلك أنه في حين أن المالك في حق الانتفاع يسترد نفس الشيء عند نهاية الانتفاع ، إذا به في شبه حق الانتفاع ليس إلا دائناً للمنتفع يزاحمه سائر دائني هذا الأخير (مازو فقرة ١٦٥٢) .

(٤) أنظر أيضاً المادة ٤١/٢٢ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « يجوز للمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تنعم بالاستعمال ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » .

وحق المخترع ، والحقوق الشخصية (créances) (١) والإيرادات المرتبة والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي ليست لحاملها وسندات القروض التي تعقدها الدولة كقروض الإنتاج وغيرها . بل أن حق الانتفاع نفسه يصلح أن يكون محلاً لحق انتفاع يترتب عليه ، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره (٢) . وكذلك يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حق الانتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق معاً : فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المرتفق (٣) .

ويصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع المجموع من المال (universalité) ، سواء كان مجموعاً قانونياً كالتركات (٤) ، أو كان مجموعاً فعلياً كالمتاجر والقطيع من الغنم (٥) . وبوجه عام كل ما يصلح أن يكون محلاً لحق الملكية يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (٦) .

وفي جميع الأحوال يصلح الشيء أن يكون محلاً لحق الانتفاع ، حتى لو كان مما يبلى بطول الاستعمال كالآثاث والملابس والسيارات والمركبات . ولا يتحول حق الانتفاع هنا إلى شبه حق انتفاع ، فهناك فرق واضح بين شيء يبلى بطول الاستعمال وشيء يستهلك فوراً بالاستعمال . وعلى ذلك يرد

(١) وترتيب حق الانتفاع على الحقوق الشخصية من شأنه أن يترتب حقاً عينياً على حق شخصي ، ويحمل على التساؤل عما إذا كان حق الانتفاع حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية ، أو هو حق يتفرع عن الحقوق بوجه عام لا عن حق الملكية فحسب (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٤١٥ - كولان وكايتان ودي لاموراندير : فقرة ١٠٦٠ - مارك ورينو فقرة ٦٤ ص ٨٢) .

(٢) أنظر مايل فقرة ٥٠٧ .

(٣) أنظر مايل فقرة ٤٩١ .

(٤) والمتنم بمجموع قانوني من المال universalité de droit ، على خلاف المتنم بمال مستقل بذاته ، يساهم في الوفاء بديون المجموع من المال الذي ينتفع به ، فتحمل فوائد هذه الديون (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٥) .

(٥) والمتنم بمجموع فعل من المال universalité de fait يتميز ، لا بالمساهمة في الوفاء بالديون ، بل بأعمال نظرية الحلول المينى (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٥١٦) .

(٦) وبوجه أعم ، كل شيء مادي أو غير مادي ، تخول حيازته فائدة اقتصادية أو أدبية أو فكرية ، يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (أوبري وور ٢ فقرة ٢٢٦ هامش ٤ مكرر - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٨ ص ٧٥٥) .

المتفع ، فيما إذا ورد حق الانتفاع على شيء يبلى بطول الاستعمال ، نفس الشيء في الحالة التي يكون عليها وقت نهاية حق الانتفاع ، دون أن يكون قد أصابه تلف بخطأ المتفع (١) .

٤٧٩ - ما أدخله المقينين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني

السابق في خصوص حق الانتفاع : أهم ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني السابق في خصوص حق الانتفاع أنه حذف نصوصا خاصة بالوقف أقحمها التقنين المدني السابق على النصوص المتعلقة بحق الانتفاع . وبعض هذه النصوص قد بطل العمل بها ، كنص المادة ١٨ / ٢٧ من التقنين المدني السابق المتعلق بالمسقفات والمستغلات التي تكسب بعقد الإيجاريتين ويجوز تأجيرها أو إعطاؤها بالغاروقة ، وكالمواد ٣٥ و ٣٦ و ٤٨ من التقنين المدني المختلط الخاصة بالأراضي الخراجية . وبعض آخر من هذه النصوص تورد أحكاما في الوقف غير صحيحة ، من ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ / ٣٤ من أنه « يجوز أن يوصى لمحل خيري تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر وورثته على التعاقب بحق الانتفاع ، وحينئذ لا يكون للمحل الخيري حق الملك التام إلا بعد انقراض الموصى إليهم بحق الانتفاع » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٨٩ هـ من التقنين المدني الفرنسي - على أنه يجوز الاتفاق على إلحاق الأشياء التي تبلى بطول الاستعمال بالأشياء التي تستهلك فوراً بالاستعمال ، فتنقل ملكية الأشياء التي تبلى بطول الاستعمال إلى المتفع ، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكها ، ولا يلزم إلا برد قيمتها أو مثلها عند نهاية حق الانتفاع . فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع . وقد يكون الشرط ضمياً فيستفاد مثلاً من تقويم الأشياء التي يشملها حق الانتفاع ، إذ التقويم قد يفهم منه أن المالك لا يعلق أهمية كبيرة على أن يتردد الأشياء بذواتها وبجبهه أن يتردد قيمتها ، فيقوم التقويم هنا مقدم البيع aestimatio facit venditionem وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس ، فيحوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد الشيء بذاته لا بقيته ، وذلك بالرغم من تقويمه في سند حق الانتفاع (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٠) .

(٢) وتقول محكمة النقض في خصوص هذا النص إنه « من قبيل حق الانتفاع المؤبد الذي حرره القانون بين الأفراد ، وهو يمين نظام الوقف الذي أتى به الفقه الإسلامي ، وبجسبه وجدت الأموال الموقوفة ، مع ملاحظة أن محرري القانون اضطروا إلى جعل ملك الرقبة للجهة الخيرية وجعل الملك التام يزول لها في النهاية . وسبب اضطرابهم لهذا أنهم لم يريدوا متابعة فقهاء المسلمين »

ثم إن التقنين المدني الجديد رتب موضوع حق الانتفاع ترتيباً منطقياً ،
فبدأ ببيان الأسباب التي يكسب بها حق الانتفاع ، ثم قرر ماذا يترتب على
كسبه فعدد حقوق المتفع والتزاماته ، وانتهى بذكر الأسباب التي ينقضي بها
حق الانتفاع (١) .

٤٨٠ - أهمية المهرودة لحق الانتفاع في مصر وأهمية الكبيرة في فرنسا :

وإذا كان لحق الانتفاع أهمية كبيرة في فرنسا ، فإن ذلك يرجع إلى
أن التقنين المدني الفرنسي قرر حالات هامة فيها يكسب الشخص حق الانتفاع
في مال غيره ، وهذه هي حالات حق الانتفاع المقررة بحكم القانون وتسمى
بحقوق الانتفاع القانونية (usufruits légaux) . فالمادة ٣٨٤
مدني فرنسي تجعل للأب وللأم ، على ترتيب خاص ، حق الانتفاع في أموال
الأولاد حتى يبلغوا سن الثمانية عشرة أو حتى يصبحوا مأذونين (émancipés)
إذا تم ذلك قبل بلوغهم سن الثمانية عشرة . والمادة ٧٥٤ مدني فرنسي تجعل لمن
بقي حياً من الوالدين ، فيما يرثه من أموال ولده ، حق انتفاع في المال الذي
لا تتوول له ملكيته كاملة . وقد جعلت قوانين فرنسية متعاقبة ، في ١٤ يولييه
سنة ١٨٦٦ وفي ٩ مارس ١٨٩١ سنة وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ ، حق انتفاع
لمن بقي حياً من الزوجين في بعض أموال الزوج الآخر . فشاع بموجب هذه
الأحكام حق الانتفاع في التعامل ، وتكفل التقنين المدني الفرنسي بتنظيم هذا
الحق تنظيمًا مفصلاً .

أما في مصر فالأمر مختلف ، إذ لا يوجد في القانون المصري حقوق انتفاع
قانونية . ويندر في العمل أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لشخص آخر

على ما قالوه من أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله ، بل
كان هذا عندهم من قبيل الأمور التي وراء الطبيعة (الميتافيزيقية) والتي لا يأخذون بها في التشريع .
وهم بالبداية مخطئون ، لأنهم ماداموا قد أقرروا نظام الوقف ينبغي لهم أن يأخذوا فيه بأقواله
واضعية ، وإلا فإن عبارتهم في المادة ١٧ المذكورة تحلل للجهة الخيرية أن تباع حق الرقبة
وأن تباع الملك التام عند أيلولة إليها بعد انقراض ذرية الموصي لهم ، وهذا يخالف لأصول
الوقف كل المخالفة (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم
٦٨) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

بعقد أو بوصية . ومتى كان حق الانتفاع نادرا على هذا النحو فإنه يندر تبعا لذلك أن يكسب بالشفعة أو بالتقادم مادام أنه ليس موجودا من الأصل . والذي يقع غالبا هو أن يبيع الشخص لأولاده أو لزوجته مالا له ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع في هذا المال طول حياته . وحتى في هذا الفرض ، كثيرا ما يعتبر التعامل غير متعلق بحق انتفاع جدي ، وإنما يعتبر وصية مستترة أراد بها الموصي التحايل على أحكام الميراث والوصية ، وقد نصت المادة ٩١٧ مدني صراحة على هذه القرينة القامونية وإن قررت أنها تقبل إثبات العكس . من أجل ذلك لم يسبب التقنين المدني المصري ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي ، في تفصيل أحكام حق الانتفاع ، واقتصر على إيراد مبادئه الجوهرية ، ونجاريه في ذلك .

٤٨١ - فظة البحث : ونبحث حق الانتفاع في فروع ثلاثة :

- (١) أسباب كسب حق الانتفاع . (٢) الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع .
- (٣) انتهاء حق الانتفاع .

الفرع الاول

أسباب كسب حق الانتفاع

٤٨٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٥ مدني على ما يأتي :

- ١ - حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم .
- ٢ - ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن . (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق في الفقرة الأولى منه لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، أما الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي فكانت تجري على الوجه الآتي : « ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين . ينواه . وقد عدلت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثانية بما جعلها مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت على النص تحت رقم ١٠٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ (١) .

وقد سائر النص في أسباب كسب حق الانتفاع أسباب كسب الملكية ، بعد أن حذف من أسباب كسب الملكية ما لا يتفق منها مع طبيعة حق الانتفاع . فالاستيلاء لا يرد على حق الانتفاع ، وكذلك الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث إذ ينتهي حتماً بموت المتفع ، وتستعصى طبيعة حق الانتفاع على الالتصاق . فيبقى إذن من أسباب كسب الملكية التي تنطبق على حق الانتفاع الوصية والعقد ، وقد جمعها النص في كلمة « العمل القانوني » ، والشفعة والتقدم (٢) .

٤٨٣ - كسب من انتفاع ابتداء وكسبه انتقال : وحق الانتفاع ، كحق الملكية ، يمكن كسبه ابتداء وكسبه انتقالاً . بل إن حق الانتفاع في هذا الصدد يتميز عن حق الملكية في أن الغالب فيه أن يكسب ابتداء لا انتقالاً ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط . (والتقنين السوري مأخوذ من قانون الملكية العقارية اللبناني . وقد أغفل ذكر التقدم بين أسباب كسب حق الانتفاع ، ولم يذكر الشفعة لأنه لم يأخذ بها أصلاً) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص التقنين الليبي تضيف القانون إلى أسباب كسب حق الانتفاع) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ : يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبها ، سواء كانت الأعيان عقاراً أو متقولاً .

م ١٢٥٠ : يكسب حق الشفعة بالعقد وبالوصية . ويجوز أيضاً أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقدم . (ولا يذكر التقنين العراقي الشفعة بين أسباب كسب حق الانتفاع ، لأنه في النصوص التي أوردها في الشفعة لا يجوز أخذ حق الانتفاع بالشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ : ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه إلى أجل أو بشرط . (والقانون اللبناني كالتقنين السوري لا يذكر بين أسباب كسب حق الانتفاع التقدم ولا الشفعة . والقانون اللبناني ، بخلاف التقنين السوري ، يأخذ بنظام الشفعة ، ويذكر في نصوص الشفعة جواز كسب حق الانتفاع بهذا السبب) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ .

في حين أن الغالب في حق الملكية أن يكسب انتقالا ولا يكسب ابتداء إلا بالاستيلاء .

فحق الانتفاع يكسب ابتداء بالوصية ، ويكسب انتقالا بالشفعة ، ويكسب ابتداء وانتقالا بالعقد والتقادم .

أما أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء ، فذلك لأنه لا يمكن الإيصاء بحق انتفاع ينتقل إلى الموصى له بموت الموصى . فان حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع ، فلا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع لأن هذا الحق يكون قد انتهى بموته ، وعلى ذلك لا يكسب حق الانتفاع انتقالا بالوصية . وإنما يمكن بالوصية إنشاء حق الانتفاع ابتداء ، فيوصى المالك ملكية كاملة للعين بحق الانتفاع بها ، وبذلك ينشئ ابتداء بالوصية حق الانتفاع ولا ينقله . وأما أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . فذلك لأن الشفعة إنما تنقل للشفيع حق انتفاع قد تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة . فأخذ حق الانتفاع بالشفعة إنما ينقل هذا الحق للشفيع ، ولا ينشئه .

والعقد تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فالمالك ملكية كاملة للعين ينشئ حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر ، فيكون العقد في هذه الحالة منشئا لحق الانتفاع ابتداء . ومتى أنشئ حق الانتفاع بأي سبب من أسباب إنشائه ، جاز للمنتفع أن ينقل حقه للغير ببيع أو مقايضة أو هبة ، فيكون العقد في هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع لا منشئ له . والتقادم كذلك تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فقد ينشئ شخص على عقار غير مملوك له حق انتفاع لشخص آخر ، ثم يضع هذا الأخير يده على حق الانتفاع معتقدا بحسن نية أنه تعامل مع المالك . فيستطيع أن يكسب حق الانتفاع إذا ظل حائرا إياه خمس سنوات بالتقادم المكسب القصير ، ويكون التقادم في هذه الحالة قد أنشأ حق الانتفاع ابتداء . وقد يكون هناك حق انتفاع ثم إنشاؤه ، ويؤجر المنتفع العين المنتفع بها ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية بنية تملك حق الانتفاع ، فيتملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فيكون التقادم هنا ناقلا لحق الانتفاع لا منشئا له . ويقوم مقام التقادم المكسب القصير في العقار الحيازة

بحسن نية في المنقول ، وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في التّقدم باعتباره ميا
لكسب حق الانتفاع (١) .

ويخلص مما قدمناه أن هناك أسبابا أربعة لكسب حق الانتفاع : العقد
والوصية والشفعة والتّقدم ، ويضاف إلى التّقدم الحيازة في المنقول .

٤٨٤ - السبب الأول - العقر : يكون العقد ميا لكسب حق الانتفاع
في حالات ثلاث :

(الحالة الأولى) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الإنشاء (par voie
de constitution) ، وهذا طريق مباشر . فيرتب مالك العين ، عقارا كانت
العين أو منقولا ، حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر . ويكون ذلك
بعقد منشيء للحق العيني ، وأكثر ما يكون هذا العقد بيعا أو هبة ، وقد يكون
مقايضة أو وفاء بمقابل . أما البيع فتندر ، إذ يصعب تقدير قيمة حق الانتفاع
وهي موقوفة على حياة المنتفع كما قدمنا ، فيصعب تبعا لذلك تقدير الثمن .
وأما المقايضة فتندر ، ولكن يمكن تصور ذلك إذا تقايض شخصان على عينين ،
فيكون لكل منهما حق الانتفاع في العين المملوكة للآخر . والهبة أقرب تصورا ،
فيهب شخص لآخر حق الانتفاع في عقار أو منقول مملوك للأول ليجد المنتفع
بذلك موردا للعيش . فان كان الهبة واقعة على عقار وجب أن تكون بورقة
رسمية ، مالم تكن مسترة تحت اسم عقد آخر . وإن كانت واقعة على منقول
وجب أيضا أن تكون بورقة رسمية ، مالم يقبض المنتفع المنقول أو تكن الهبة
مسترة تحت اسم عقد آخر . وأيا كان العقد ، بيعا أو هبة أو مقايضة أو غير
ذلك ، فانه يجب تسجيله إذا رتب حق الانتفاع على عقار ، ولا ينشأ حق
الانتفاع لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل العقد طبقا
للقواعد المقررة في التسجيل .

ويحدد العقد مدة لحق الانتفاع ، وينتهي حق الانتفاع حتما بموت المنتفع
حتى قبل انقضاء اداة المحددة . فاذا لم يحدد العقد مدة ، عد حق الانتفاع
مقررا مدى حياة المنتفع (م ١/٩٩٣ مدني) . وإذا كان حق الانتفاع مرتبا

لمصلحة شخص معنوى ، فقد ورد في هذا الشأن نص في التقنين المدنى الفرنسى ،
إذ تقضى المادة ٦١٩ من هذا التقنين بأن المدة لا يجوز أن تزيد في هذه الحالة
على ثلاثين سنة . وورد في كل من التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) وقانون
الملكية العقارية اللبناني (م ٣٢) أنه لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص
معنويين (١) . ولما كان التقنين المدنى المصرى لا يشمل على مثل هذه
النصوص ، وجب القول من جهة إن حق الانتفاع يجوز ترتيبه لصالح شخص
معنوى ، ومن جهة أخرى إنه لا يوجد حد أقصى لمدة حق الانتفاع في هذه
الحالة . وعلى ذلك يجوز في القانون المصرى ترتيب حق الانتفاع لصالح شخص
معنوى . ويحدد العقد مدته ، فإذا لم تحدد له مدة بقی طوال بقاء الشخص
المعنوى ، ولكن ينتهى حق الانتفاع حتماً بانحلال الشخص المعنوى حتى قبل
انقضاء المدة المحددة في العقد .

والعقد الذى أنشأ حق الانتفاع هو الذى يقرر حقوق المتفع والتزاماته
وغير ذلك من الشروط ، على أن يستكمل كل ذلك بالأحكام الواردة في القانون
والتي سيأتى بيانها (م ٩٨٦ مدنى) . ويصح أن ينشئ العقد حق الانتفاع
منجزاً ، كما يصح أن يعلقه على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، أو أن
يقرنه بأجل واقف فلا يبدأ حق الانتفاع إلا في وقت معين . ويجب أن يكون
حق الانتفاع دائماً مقترناً بأجل فاسخ ، فإن لم يحدد العقد هذا الأجل كان الأجل
الفاسخ هو مدة حياة المتفع كما سبق القول . ويجوز أن يقترن العقد بشروط
وتكاليف (charges) (٢) ، ويوجه خاص يجوز جعل حق الانتفاع غير
قابل للتزول عنه ولا للحجز عليه . فيكون حق الانتفاع كحق الملكية مقترناً
بشرط مانع من التصرف ، ويراعى في ذلك نفس الأحكام التي سبق تفصيلها
في حق الملكية (م ٨٢٣ - ٨٢٤ مدنى) (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧٦ في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد الذى يوجه بتسلم شخص أرضاً على
أن يردّها في نهاية المدة المتفق عليها ، بما ينشئ فيها من أبنية وغراس دون أى تعويض عنها ،
يشتر عقداً منشأ لحق انتفاع (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

(٣) بلاتول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٦ .

(الحالة الثانية) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de retention) ، وهذا طريق غير مباشر . فينقل مالك العين بالعقد الرقبة للغير ، ويحفظ لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته في الغالب . ويكون العقد في هذه الحالة منشأ لحق الرقبة لا لحق الانتفاع ، وإنما يبرز حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق فصل الرقبة عن الملكية الكاملة ، فيكون حق الانتفاع بعد أن انفصلت عنه الرقبة للمالك الأصلي ، وتكون الرقبة لمن تصرف له هذا المالك . وقد قلنا (١) أن هذه الصورة هي التي تتحقق عادة في العمل في مصر ، وأنه يقصد بها غالباً التحايل على أحكام الميراث والوصية ، ومن أجل ذلك وضعت المادة ٩١٧ مدني قرينة قانونية على أن التصرف على هذا النحو يعتبر وصية مستترة ما لم يقم الدليل على العكس . فان قام الدليل على العكس ، كان الحكم هو ما قلنا ، وكان العقد هو الذي أنشأ حق الرقبة وبانفصالها عن الملكية الكاملة يبرز حق الانتفاع (٢) . أما إذا لم يقم الدليل على العكس ، فالتصرف في مجموعه يعتبر وصية ، ويبقى المتصرف مالكا للعين ملكية كاملة مدة حياته ، ويجوز له الرجوع عن التصرف في أي وقت لأن الوصية يجوز الرجوع فيها . فان مات دون أن يرجع عن الوصية ، آلت العين كاملة للموصي له ، وتسرى سائر أحكام الوصية . وعلى هذا النحو لا تنفصل الرقبة عن الملكية الكاملة ولا يبرز حق الانتفاع في أي وقت ، لا في أثناء حياة المتصرف ولا بعد موته . وسواء اعتبر التصرف تصرفاً حال الحياة أو اعتبر وصية مستترة ، فانه إذا وقع على عقار وجب تسجيله طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل ، إذ أنه يكون واجب التسجيل في الحالين .

(الحلقة الثالثة) ينقل العقد فيها حق انتفاع ثم إنشاؤه من قبل ، ويكون العقد في هذه الحالة ناقلاً لحق الانتفاع (par voie d' aliénation) لا منشأ له . وسرى (٣) ، عند الكلام في حقوق المتفع ، أن لهذا الأخير أن يتصرف في حق الانتفاع بالبيع والهبة وغير ذلك من أنواع التصرف . ولكن

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٠ .

(٢) أنظر استئناف مخطط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٧١ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦ .

(٣) أنظر مايل فقرة ٥٠٥ .

ينتهي حق الانتفاع حتماً بموت المتفع الأصل ، أما موت من تصرف له المتفع الأصل فلا ينهي الحق بل ينتقل الحق بموت إلى ورثته ، وهذه صورة خاصة بورت فيها حق الانتفاع (١) . ويبقى المتفع الأصل ، بالرغم من نزوله عن حق الانتفاع للغير . ملترماً بجميع التزامات المتفع . وبعد شخصه هو ، لا شخص من تصرف له ، محل الاعتبار في انتهاء حق الانتفاع بالموت ، فإذا مات انتهى حق الانتفاع ولو بقي المتصرف له حياً . وسنعود لهذه المسألة عند الكلام في أعمال التصرف التي تصدر من المتفع (٢) .

٨٥ السبب الثاني - الوصية : وينشأ حق الانتفاع ابتلاء بالوصية ،

وقد قلنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية الا ابتلاء (٣) . وكسب حق الانتفاع بالوصية أكثر وقوعاً في العمل من كسبه بالعقد . ويتم ذلك بأحد طريقين : إما بأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين فبقي الرقبة للورثة ، وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بالعقد بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، أو بأن يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين فيبقى حق الانتفاع للورثة وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention)

وتسرى أحكام الوصية من حيث الشكل ، ومن حيث النصاب الجائز الإيصاء به ، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حياً بعد موت الموصى ، ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واقعة على عقار ، ومن حيث مائر أحكام الوصية . وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع على التفصيل الذي ذكرناه في تحديد المدة بالعقد ، وتقرر حقوق المتفع والتزاماته على أن تستكمل ذلك بالأحكام الواردة في القانون ، ويصح أن تطلق الوصية حق الانتفاع على شرط فاسخ أو على شرط واقف أو تقرنه بأجل واقف ، كما يصح أن تقرنه بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، وذلك كله على النحو الذي قلناه فيما إذا كان سبب كسب حق الانتفاع هو العقد .

(١) أنظر إسماعيل غانم ص ١٠ .

(٢) أنظر مایل ققرة ٥٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً ققرة ٤٨٢ .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ مدني ، فيما رأينا (١) ، على ما يأتي :

« ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن » - والمفروض أن الموصي يوصي بحق الانتفاع في العين لشخصين ، أو أكثر على التعاقب بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، نشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بحق الانتفاع الأول ولا يعتبر استمرارا له لمصلحة الشخص الثاني ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثاني بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثاني نشأ حق انتفاع ثالث لا صلة له بحق الانتفاع الثاني لمصلحة الشخص الثالث ، وهكذا . وغنى عن البيان أنه كما يمكن الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين على هذا النحو ، يمكن من باب أول الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين في وقت واحد ، فيكون حق الانتفاع شائعا بينهم . فإذا كانوا ثلاثة مثلا ، وكانت حصصهم متساوية بحسب الوصية ، كان لكل منهم حق الانتفاع بثلث العين شائعا في العين كلها . وينتهي حق الانتفاع بالنسبة إليهم جميعا بانقضاء مدته المحددة في الوصية ، وينتهي حتما بالنسبة إلى الثلث الشائع من العين إذا مات أحد منهم ، فتصبح ورثة الموصي مالكة ملكية كاملة لهذا الثلث ولها ملك الرقبة في الثلثين الباقيين .

وفي حالة ما إذا كان الإيصاء لأشخاص متعاقبين ، فإن الأول منهم مستقل وحده بحق الانتفاع ولا يشاركه الآخرون فيه ، وذلك إلى أن ينتهي هذا الحق . ثم يعقبه حق الانتفاع الثاني ، فحق الانتفاع الثالث ، وهكذا ، كما سبق القول . فإذا كان الأشخاص المتعاقبون ثلاثة ، كان لكل حقوق انتفاع ثلاثة تتوالى وكل منها مستقل عن الحقين الآخرين ، ويكون كل حق منها مستمدا مباشرة من الوصية التي أنشأته لا من حق الانتفاع الذي سبقه . ويرتب على ذلك أن كلا من هؤلاء الأشخاص الثلاثة الموصى لهم يجب أن يكون ، كما تقول المادة ٩٨٥ / ٢ مدني فيما رأينا ، موجودا على قيد الحياة وقت الوصية ، أو في القليل يجب أن يكون حلا مستكنا في هذا الوقت إذ

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٢ .

تجوز الوصية للحمل المستكن (١) . فيكون الموصي قد أوصى بحق الانتفاع مباشرة لكل من هؤلاء الثلاثة وهم موجودون على قيد الحياة وقت أن أوصى ، فأنشأ بذلك ثلاثة حقوق انتفاع مستقلة بعضها عن بعض ، الأول منها منجز ، والثاني مقترن بأجل واقف هو انتهاء الأول ، والثالث مقترن أيضاً بأجل واقف هو انتهاء الثاني . وتكون وريثة الموصى ، طوال المدة التي تبقى فيها حقوق الانتفاع الثلاثة المتعاقبة ، ما لकिन لرقبة العين ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثالث والأخير عادت لهم ملكية العين كاملة .

وشروط وجود الموصى لهم على قيد الحياة وقت الوصية شرط أساسي . وهو الذي يميز هذا التصرف عن الوقف . ففي الوقف ينتقل الانتفاع بالعين الموقوفة من مستحق إلى من يليه من المستحقين ، دون أن يشترط وجود جميع المستحقين المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوقف . وهذه هي مزية يختص بها الوقف ، كما يختص في إنشائه وفي الآثار التي ترتب عليه بأحكام خاصة قررتها الشريعة الإسلامية . أما هنا فنحن في صدد وصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، فتسرى عليها أحكام الوصية وأحكام حق الانتفاع لا أحكام الوقف . ولو لم يشترط وجود الأشخاص المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوصية ، لأمكن أن تكون هذه الوصية وقفاً ، ولأمكن للموصى أن يسلك إلى الوقف عن غير طريقه . ولذلك لا يجوز الإيضاء بحق الانتفاع لشخص معين ، ثم لورثته من بعده دون أن يتعين أشخاص الورثة ودون أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، إلا إذا سلك الموصى طريق الوقف لتحقيق هذه الغاية (٢)

(١) وقد كانت المادة ٣٢/١٦ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « لا يعطى ذلك الحق (حق الانتفاع) إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهي على كل حال بوفاته إن لم يكن له ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة » . فالنص يشترط ألا يعطى حق الانتفاع إلا لشخص موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، فيقع لبس فيما إذا كانت الوصية به تجوز للحمل المستكن وهل يمكن اعتبار الحمل المستكن شخصاً موجوداً على قيد الحياة . فعناء نص المادة ٢/٩٨٥ من التقنين المدني الجديد حاسماً لهذه المسألة ، إذ قال صراحة إنه تجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن (أنظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١٦ ص ٢٥٩) .

(٢) وفي الشريعة الإسلامية يشترط في الموصى له أن يكون معلوماً وأن يكون موجوداً عند الوصية إن كان ممسكاً، فإن لم يكن ممسكاً كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجوداً عند

٤٨٦ - البوب الثالث - الشفعة : رأينا عند الكلام فى الشفعة أن المادة

٩٣٦ مدنى تنص على ما يأتى : « يثبت الحق فى الشفعة : (ا) لملك الرقة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك فى الشيوع . إن بيع شىء من العقار الشائع لأجنبى . (ح) ... » . ويظهر فى وضوح أن الكلام هنا عن حق انتفاع قائم قد تم إنشاؤه . فيؤخذ بالشفعة بعد تمام الإنشاء . وتكون الشفعة إذن سببا لكسب حق الانتفاع انتقالا من المنتفع إلى الشفيع . لأسباب لإنشاء حق الانتفاع ابتداء . وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا ، والشفعة لا تنشئ حق الانتفاع . وإنما تنقل حق منتفع إلى منتفع آخر (١) .

فمالك الرقة ، إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقة : له أن يأخذ حق الانتفاع المبيع بالشفعة ، ومن ثم تكون الشفعة سببا من أسباب كسب حق الانتفاع . وفى هذا الفرض إذا أخذ مالك الرقة حق الانتفاع بالشفعة . اجتمع فى يد شخص واحد الرقة وحق الانتفاع . فينتهى حق الانتفاع باتحاد انذمة ، ويصبح مالك الرقة مالكا للعقار ملكية كاملة ، وقد سبق أن فصلنا القول فى ذلك عند الكلام فى الشفعة (٢) .

وإذا كان حق الانتفاع شائعا بين شخصين ، وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبى ، فللشريك الآخر أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة ، ما لم يأخذها مالك الرقة إذ هو مقدم فى المرتبة ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى الشفعة (٣) . فإذا لم يتقدم مالك الرقة لأخذ الحصة الشائعة فى حق الانتفاع بالشفعة ، وأخذها الشريك المشتاع ، كانت الشفعة هنا أيضا سببا لكسب جزء شائع فى حق الانتفاع .

= الوصية ولا وقت موت الموصى (أنظر آتفاً فقرة ٧٤) - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٣ .

وانظر فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٨ ص ٦٣٩ - بودرى وشوفو فقرة ١٤٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٦٧ .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٨٠ .

(٣) أنظر آتفاً فقرة ١٨١ .

٤٨٧ - السبب الرابع - التقادم : ويقصد بالتقادم هنا التقادم المكسب

القصر في العقار ، وتضاف إليه الحيازة في المنقول ، وكذلك التقادم المكسب الطويل في العقار والمنقول .

فالتقادم المكسب القصير في العقار يكسب به حق الانتفاع المترتب على عقار . ويتحقق ذلك إذا رتب شخص على عقار لا يملكه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر حسن النية . فإذا بقي هذا الشخص الآخر حائزاً لحق الانتفاع خمس سنوات ، فإنه يكسبه بالتقادم القصير ، ويكون هذا التقادم إذن سبباً في كسب حق الانتفاع ابتداء ، أى في إنشاء حق الانتفاع .

وإذا فرض أن هناك منقولا بدلاً من العقار ، ورتب عليه غير المالك حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فحيازة هذا الشخص لحق الانتفاع على المنقول بحسن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة ، فتكون الحيازة في هذا الفرض سبباً لكسب حق الانتفاع ابتداء .

أما كسب حق الانتفاع بالتقادم الطويل فيصعب تصور وقوعه عملاً . وإذا حاز شخص عقاراً أو منقولاً وهو سيء النية ، وبقي حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فهو لا يقف بداة عند القول بأنه إنما حاز حق انتفاع فحسب ، ما دام الباب أمامه مفتوحاً للقول بأنه حاز حق ملكية كاملة ، وأنه كسب ملكية العقار أو المنقول ، لا حق انتفاع فحسب ، بالتقادم الطويل . وتفترض عادة صورة أخرى ، فيها يرتب غير المالك على العقار أو المنقول حق انتفاع لشخص سيء النية ، فيبقى هذا الشخص حائزاً لحق الانتفاع مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب هذا الحق ابتداءً بالتقادم الطويل (١) . وهذا الفرض أيضاً بعيد الوقوع في العمل . ويمكن أن نتصور فرضاً أقرب وقوعاً ، هو أن يؤجر صاحب حق الانتفاع حقه ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته لحق الانتفاع الذي استأجره من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية ، ويستمر حائزاً لحق الانتفاع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب الحق بالتقادم الطويل ، ويكون التقادم هنا سبباً لنقل حق الانتفاع لا لإنشائه ، إذ ينتقل

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٠ - إسماعيل غانم ص ٨ - عبد المنعم البدر أوى

هذا الحق من صاحبه الأصلي وهو المؤجر إلى المستأجر الذي كسبه بالتقادم .

٤٨٨ - **طالبة المنتفع بحق الانتفاع بعد كسبه :** وإذا كسب شخص حق الانتفاع بسبب من أسباب كسبه التي سبق بيانها ، فإنه يستطيع أن يطالب بهذا الحق عن طريق دعويين ، الأولى عينية والأخرى شخصية .
فالدعوى العينية تكون للمنتفع ضد أي حائر لحق الانتفاع ، سواء كان هذا الحائر هو الذي أعطى حق الانتفاع للمنتفع أو كان وارثاً له ، أو كان من الغير . فالمنتفع يتبع حقه في أي يد كان هذا الحق ، كما يتبع المالك ملكه . وكما يرفع المالك دعوى الملكية على أي حائر وتسمى دعواه بدعوى الاستحقاق (action en revendication) ، كذلك يرفع المنتفع دعوى حق الانتفاع على أي حائر وتسمى دعواه بدعوى الإقرار بحق الانتفاع *action confessoire d'usufruit* (١) .

والدعوى الشخصية تعطى للمنتفع إذا كان قد كسب حق الانتفاع بعقد فيطالب من تعاقد معه بدعوى العقد ، أو كسبه بوصية فيطالب الورثة بدعوى الوصية ، أو كسبه بالشفعة فيطالب البائع لحق الانتفاع بدعوى التسليم المستمدة من عقد البيع . والدعوى الشخصية لا تجب الدعوى العينية وإنما توجد إلى جانبها .

ويتسلم المنتفع العين بالحالة التي تكون عليها وقت أن يتسلمها ، وليس له أن يطلب من مالك الرقبة أن يسلمها إياه في حالة جيدة (٢) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المنتفع مع مالك الرقبة على أن يسلمه العين في حالة جيدة (٣) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٢ - وإذا رفع المالك دعوى على الحائر الذي يدعى أن له حق انتفاع على العين ، يتسك فيها بإنكار حق الانتفاع على الحائر ، سميت الدعوى بدعوى إنكار حق الانتفاع *action négatoire d'usufruit* .

(٢) أنظر المادة ٦٠٠ مكرر فرنسي .

(٣) ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتصرف في العين لمصلحة خاصة مع الإضرار بمصلحة المنتفع ، فلا يجوز له مثلاً أن يبيع العقار المنتفع به لإجراء قسمة التصفية (licitation) ، بحيث يتحول حق المنتفع من العقار إلى ما يقابله من الثمن . وإذا تضرر المنتفع من ذلك ولم يقبله ، فإن حق انتفاعه على العقار يبقى بالرغم من البيع (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ هامش ٢ مكرر - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٣) .

الفرع الثاني

الاثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع

المبحث الأول

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع

٤٨٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٦ مدني على ما يأتي :

« يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٩ / ٣٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩١ . وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ . وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

ويفهم من هذا النص أن حقوق المنتفع والتزاماته ، وهذه هي الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع بالنسبة إليه ، ترد عادة في السند الذي أنشأ حق الانتفاع . فترد في العقد إذا كسب حق الانتفاع بعقد ، أو في الوصية إذا كسب بوصية ، أو في عقد البيع المشفوع فيه إذا كسب بالشفعة . أما إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم ، فأعمال الحيازة التي أدت إلى التقادم هي التي تحدد مدى حق الانتفاع الذي كسب بهذا السبب .

وإلى جانب ما يرد في السند ، توجد أحكام قررها القانون يجب مراعاتها . وأغلب هذه الأحكام لا تعتبر من النظام العام ، فتراعى ما لم يرد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٨ ، فجلسه الشيوخ تحت رقم ٩٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٤ - ص ٥٣٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٨/١٩ : تراعى فيما يكون لصاحب حق الانتفاع من الحقوق وما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأصول المقررة في المواد الآتية . (وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

في السند ما يخالفها . وبعضها يعتبر من قنظام العام فتجب مراعاته حتماً ، ويبطل ما يرد مخالفاً له في السند . والأصل أن الأحكام التي وردت في القانون ليست من النظام العام ، فيجوز أن يرد في السند ما يخالفها ويعمل بما ورد في السند . أما الأحكام التي تعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفتها ، فطبيعتها تم عليها وتسهل معرفتها .

ونرجع إلى الأحكام التي وردت في القانون لتحديد آثار قيام حق الانتفاع بالنسبة إلى المتفع ، وهذه الآثار تتمثل في حقوق تثبت له ، وفي التزامات تترتب في ذمته . أما الحقوق التي تثبت له ، فترجع كلها إلى ما له على العين من حق عيني هو حق الانتفاع ، فهي تبين مدى هذا الحق . وأما الالتزامات التي تترتب في ذمته ، فقد تنشأ من سند حق الانتفاع . والالتزامات التي وردت في الأحكام التي قررها القانون ، وهي التي تعيننا هنا ، تنشأ من واقعة مادية هي أن رقبة العين المتفع بها في يد المتفع ، فيوجب عليه القانون التزامات تهدف إلى المحافظة على العين والعناية بها حتى ترد إلى صاحبها . فهي إذن التزامات مصدرها القانون ، وتترتب في ذمة المتفع نحو مالك الرقبة .

ونتكلم في حقوق المتفع ، ثم في التزاماته .

المطلب الأول

حقوق المتفع

٤٩٠ - مدى هذه الحقوق : للمتفع حق عيني في العين المتفع بها هو حق الانتفاع ، ومنه تنفرع جميع الحقوق للمتفع كما قلنا . وحق الانتفاع يجرى حق الملكية . فهذا الحق الأخير يشمل على عناصر ثلاثة هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، يقطع منها حق الانتفاع العنصرين الأولين وهما الاستعمال والاستغلال ، ويبقى العنصر الثالث وهو التصرف لمالك الرقبة .

وما للمتفع من حق استعمال الشيء المتفع به وحق استغلاله يوليه على الشيء سلطة تحول له أن يقوم بإدارته ، وأن يتصرف في حق الانتفاع دون حق الرقبة ، وأن يباشر ما يقتضي كل ذلك من الدعاوى .

فتكلم في حق المتفع في استعمال الشيء واستغلاله ، ثم في مدى سلطة المتفع على الشيء المتفع به .

§ ١ - من المتفع في استعمال الشيء واستغلاله

٤٩١ - من المتفع في استعمال الشيء : والمتفع الحق في استعمال الشيء المتفع به على النحو الذي يستعمل به المالك ملكه ، فقد حل المتفع بموجب حق الانتفاع محل المالك في استعمال الشيء . فله إذن أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه . وعلى ذلك يستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً ، فإذا كان داراً كان له أن يسكنها ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يتقلدها (١) . ولكنه ، على خلاف المالك ، لا يستطيع أن يصل في الاستعمال إلى حد استهلاك الشيء أو إتلافه ، فانه ملزم بالمحافظة عليه لرده بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) . ويتقيد المتفع ، كما يتقيد المالك ، بالقيود التي فرضها القانون في استعمال الشيء . فلا يجوز أن يفتح مطلاً على الجار إلا في المسافة التي حددها القانون ، ولا أن يستعمل العقار الذي ينتفع به استعمالاً من شأنه أن يضر بالجار ضرراً غير مألوف .

وكما يجوز للمتفع أن يستعمل الشيء ذاته ، يجوز له أيضاً أن يستعمل ملحقاته . فله أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المتفع بها ، من

(١) وإذا كان الشيء المتفع به أرضاً زراعية ، كان له أن يزرعها بنفسه أو بواسطة غيره ، ولكن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً . والمتفع الحق في الصيد والقنص في الأرض المتفع بها هو غيره من يدعوهم لذلك ، ويكون هذا استعمالاً . وذلك مالم يكن المالك قد سبق له إيجار الحق في الصيد والقنص ، فيجب عندئذ على المتفع احترام عقد الإيجار ، ولكن يكون له الحق في الأجرة طول مدة الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٨) .

(٢) وقد لا يستعمل المتفع الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة في الدار التي ينتفع بها ، أو يعير السيارة التي له فيها حق الانتفاع . أما إذا نزل عن الاستعمال لغير بمقابل ، فإن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً (أنظر في حق الاستعمال المحول للمالك الوسيط ٨ فقرة ٢٩٩) . وقد قلنا أنه إذا كان الشيء المتفع به قابلاً للاستهلاك كما هو الأمر في شبه حق الانتفاع ، انتقلت ملكية الشيء إلى المتفع ، وجاز له استهلاكه والتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧) .

شرب ومجرى ومسيل ومرو وغير ذلك (١) . وله كذلك أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشيء ، سواء اعتبرت عقارات بالتخصيص أو لم تعتبر ويمتد حقه إلى ما يتراكم من الطمي بطريقة تدريجية غير محسوسة ملاصقة للأرض المنتفع بها (alluvion) إذ تصبح الأرض المتكونة من هذا الطمي ملكاً لمالك الأرض (م ٩١٨ مدني) (٢) فيشملها حق الانتفاع . أما طرح النهر والجزائر التي تتكون في مجراه ، فلا يتناولها حق الانتفاع لأنها لا تصبح ملكاً لمالك الأرض ، بل تخضع لقوانين خاصة (م ٩٢١ مدني) (٣)

٤٩٢ - من المتفع في استغلال الشيء : وينحول حق الانتفاع للمتفع أن يستغل الشيء ، والحق في الاستغلال هو الذي يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث لا يجوز فيهما للمتفع أن يستغل الشيء . والاستغلال قد يكون مباشراً ، كأن يزرع المتفع بنفسه الأرض التي ينتفع بها ويحني ثمارها . وقد يكون غير مباشر ، عن طريق جعل الغير يحني ثمار الشيء ويدفع للمتفع مقابلاً لذلك . فالمتفع بمنزل يوثجره للغير ، فيحني ثماره في صورة الأجرة . والمتفع بأرض زراعية يوثجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هي غلة الأرض . وقد يوثجر المتفع الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة

(١) وتنص المادة ٩٤٣ من التقنين المدني السوري على ما يأتي : «المتفع حق الاستعمال القائم باستخدام العقار لاستمتاعه الذاتي ، أو لصالحه الشخصي . ويكون هذا الحق شاملاً شمول حق مالك العقار ، ويدخل في ذلك استعمال حقوق الارتفاق ، وكذلك حق الصيد والقبض ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع » . وتنص المادة ٢٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن «المتفع حق الاستعمال ، أي استعمال العقار لمنفعته الذاتية أو لمصلحة الشخصية . ويلزم هذا الحق إلى الحد الذي يذهب إليه حق صاحب الملك ، ويشمل حق استعمال الارتفاق وحق الصيد والقبض ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الارتفاق » .

وانظر بلانيول وريير وبولانجييه ١ فقرة ٣٥١٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٩٥ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٠ - ص ٦٦١ -

بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٩ .

إليه ، دون أن يقوم هو نفسه بالزراعة (١) . ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر حتى بعد انتهاء الإيجار فلا يستطيع طلب الإخلاء إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في الأرض . وفي المزارعة لا يجوز للمتفع أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل (٢) .

٤٩٣ - من المتفع في الاستغلال يجعل له الثمار - نص

قانوني : وقد رأينا مما تقدم أن حق المتفع في استغلال الشيء المتفع به يتفرع عنه حقه في الحصول على ثماره . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٨٧ ملني إذ تقول :

« تكون ثمار الشيء المتفع به من حق المتفع بنسبة ملة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » (٣) .

(١) وقد يستغل المتفع المياه المعدنية الموجودة في الأرض التي ينتفع بها ، بأن يبيها ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة للأرض . أنظر في استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٣٠٢ . (٢) وقد يضع القانون قيوداً على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التي يجب أن تزرع قطناً ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المتفع استغلال محل معلق للراحة أو ضارب بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المتفع استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدلياً مؤهلاً ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال . أنظر في القيود التي ترد على استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٣٠٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤١ من المشرع المنهول على الوجه

الآتي : « تكون ثمار الشيء المتفع به من حق المتفع على قدر ملة انتفاعه ، كما أن للمتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير ، أما الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء حق الانتفاع فهي من حق المالك ، حل أن يوفى كل منهما الآخر بما أنفقته . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلاً جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمها ١٠٦٢ في المشرع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٧) . -

وقد سبق أن ميزنا بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) .
فالثمار هي ما ينتجه الشيء من غلة دورية متجددة ، وهي مع تفرعها عن
الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه . والمنتجات هي ما يخرج من الشيء في
أوقات متقطعة غير منتظمة ، فهي على خلاف الثمار غير دورية ولا متجددة ،
وتمس أصل الشيء وتنتقص منه (١) . وسبق أيضاً أن قسمنا الثمار إلى ثمار
طبيعية ، وثمار صناعية أو مستحدثة ، وثمار مدنية (٢) .

— ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٤٤ : ١ — للمتفع الحق بثمار العقار ، أي بالحصلات
الطبيعية أو النقدية التي يخلها العقار في فترات معينة منتظمة بدون أن تنقص تلك الثمار شيئاً
من جوهر العقار ، ويدخل في هذه الحصلات بدل تأجير حق الصيد والقتل . ٢ — ويدخل
في حكم الثمار حصلات المناجم المكشوفة والمناجم المستورة والمقالع ، إذا كانت هذه الحصلات
عائدة لمالك العقار ، بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع ، والأشجار
إذا كانت تفل بأجال منتظمة لاستهلاك حطبها أو بيعها .

م ٩٤٥ : ١ — في بدء الانتفاع وعند نهايته ، يصير توزيع الثمار التي لم تكن قد جمعت
بعد أو ما كان منها باقياً بدون جمع بين المتفع ومالك العقار بنسبة المدة التي كان فيها حق
الانتفاع قائماً والمدة التي لم يكن قائماً فيها ، مع مراعاة مدة الإنتاج السنوية أو غير السنوية
المقابلة للثمار . ٢ — ليس لمالك العقار على المتفع ، ولا للمتفع على مالك العقار ، حق استرداد
شيء من نفقات الحراثة ، وإنما يحسب له ثمن الأسمدة والبذار التي تكون قد استعملت لتحضير
الثمار النائمة على الأرض عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته .

(والتقنين السوري اتبع طريقة معقدة في توزيع الزرع القائم وقت بداية الانتفاع
أو عند نهايته بين المالك والمتفع) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٢ : للمتفع أن يستعمل الشيء المتفع به وثنائيه ، وله
أن يستولي على ثماره مدة انتفاعه . وله نتاج المواشي ، وعليه أن يعرض منها ما تنفق من الأصل .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٠ : (مطابقة للمادة ٩٤٤ مدني سوري وقد أخذت هذه

المادة الأخيرة منها) .

م ٤١ : (مطابقة للمادة ٩٤٥ مدني سوري وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها) .

(وقد أخذ التقنين السوري من القانون اللبناني ، وما قيل هناك يقال هنا) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ — وانظر الوسيط ٨ فقرة ٢٦٣ — فقرة ٢٦٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

والأصل أن يكون للمنتفع الحق في الثمار ، لا في المنتجات . ويكون له الحق في جميع الثمار ، سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية . ويدخل في الثمار المدنية ، فتكون من حق المنتفع ، فوائد رؤوس الأموال ، سواء نتجت عن قرض ، أو عن إيراد مرتب ، أو عن أسهم أو حصص في الشركات ، فتكون أرباحها للمنتفع . ويستحق المنتفع الثمار ، كما تقول المادة ٩٨٧ سالفه الذكر « بنسبة مدة انتفاعه » .

فإذا كانت الثمار مدنية ، كان من اليسر حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار . ففي أجرة الدار مثلاً ، يستحق المنتفع الأجرة شهراً فشهراً إذا كان ميعاد استحقاقها شهرياً . فإذا بدأ حق الانتفاع في اليوم السادس عشر من الشهر مثلاً ، كان ما يستحقه هو أجرة باقى أيام الشهر ثم أجرة الشهور التالية إلى أن ينتهى حق الانتفاع . فإذا انتهى في اليوم العاشر من الشهر مثلاً ، استحق المنتفع عن هذا الشهر الأخير أجرة عشرة الأيام التي انتهى بانقضائها حقه . أما إذا كانت الثمار طبيعية أو صناعية ، فقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٨٧ مدنى سالفه الذكر تنص على أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير ، أما الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهي من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه . وبحسب هذا النص يكون للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية والصناعية ما كان قائماً منها في الأرض وقت بدء الانتفاع ، على أن يرد للمالك ما سبق له أن أنفقه في إنتاج هذه الثمار ، ثم يكون له الحق فيما يتجدد من هذه الثمار طول مدة الانتفاع ، وهو الذي ينفق طبعاً على إنتاجها . فإذا انتهى حق الانتفاع ، وكان في الأرض زرع قائم وقت انتهاء الحق ، فالزرع للمالك ، وعليه أن يرد للمنتفع ما سبق له أن أنفق في إنتاجه (١) . ولكن المشروع

(١) أما التقنين المدني الفرنسي فلا يجعل المالك يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت بدء حق الانتفاع ، ولا يجعل المنتفع يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت انتهاء حق الانتفاع ، فكأنه يجعل ما أنفق المالك قصاصاً فيما أنفق المنتفع . وهذا يصح لو أن هناك زرعاً قائماً وقت انتهاء حق الانتفاع بقدر الزرع الذي كان قائماً وقت بدء الانتفاع . ولكن يقع كثيراً أن الأمر لا يكون على هذا النحو ، فيخسر المالك أو يخسر المنتفع بحسب الأحوال (انظر م ٥٨٥ مدنى فرنسى - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٠ ص ٧٧٤) . أما الثمار المدنية فتكسب يوماً يوماً في التقنين الفرنسي ، كما هو الأمر في التقنين المصرى (انظر م ٥٨٦ مدنى فرنسى) .

التمهيدى لنص المادة ٩٨٧ مدنى عدل فى لجنة المراجعة ، واستقر نهائياً على ما هو عليه من أن « ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه » ، وذلك سواء كانت الثمار مدنية أو صناعية أو طبيعية (١) . فأصبح من المتعين أن تكون الثمار الطبيعية والصناعية مستحقة للمنتفع « بنسبة مدة انتفاعه » (٢) . فإذا لم يكن فى الأرض زرع قائم لا وقت بداية حق الانتفاع ولا عند نهايته ، وتولى المنتفع زراعة الأرض طول مدة الانتفاع ، فهو الذى ينفق على إنتاجه ، ويكون الزرع له . وإذا كان فى الأرض زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع ، فقد أحالت المادة ٩٨٧ مدنى سائلة الذكر فى شأنه إلى المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى وتنص على ما يأتى : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزمن » . فالنص يقضى بأن ترك الأرض للمنتفع بالرغم من انتهاء حق الانتفاع إذا كان فيها

(١) أنظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وكان نص المشروع التمهيدي يقضى بما قلناه فى المتن ، ولم يراع ما تقضى به المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فيما إذا وجد زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع . وقد استدركت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا السهو ، وذكرت أن الثمار إذا كانت طبيعية أو صناعية فالمنتفع « القائم منها وقت بدء الانتفاع ، دون إخلال بحقوق النير كما إذا كانت الثمار قد ألحقت بالمقار ، على أن يرد إلى مالك الرقبة ما أنفقته . وله أيضاً ما قبض منها طول مدة الانتفاع ، أما القائم عند نهاية الانتفاع فيراعى فيه الحكم الوارد فى المادة ١٢٤٨ فقرة ثانية ، فتترك الأرض للمنتفع أو الورثة إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره المثل عن هذه الفترة من الزمن . ويجب تعديل المادة ١٢٤١ حتى تؤدى هذا المعنى فتستقيم النصوص ، ولا تتعارض المادة ١٢٤١ (م ٩٨٧ مدنى) مع المادة ١٢٤٨ / ٢ (م ٩٩٣ / ٢ مدنى) « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٧) . والذى وقع أن لجنة المراجعة عدلت المادة ٩٨٧ مدنى بحيث جعلتها متفقة مع المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فى حالة الزرع القائم عند نهاية مدة الانتفاع كما تشير المذكرة الإيضاحية ، ولكنها تركت حالة الزرع القائم عند بداية الانتفاع إلى حكم القاعدة العامة وهى استحقاق المنتفع لهذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » ، ولم تراعى ما كان ينبغى من التنسيق بين حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع وحكم الزرع القائم عند نهاية هذا الحق . وهذا التنسيق كان يقتضى ، فى حالة حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع ، أن تترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، على أن يدفع المالك فى مقابل ذلك للمنتفع أجره الأرض فى المدة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

زراع قائم ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . وفي مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجره مثل الأرض في الفترة من الزمن ما بين انتهاء حق الانتفاع وإدراك الزرع . ولم يرد نص مماثل فيما إذا كان في الأرض زرع قائم وقت بداية حق الانتفاع ، وكل ما تقوله المادة ٩٨٧ مدني في هذا الفرض أن المنتفع يستحق من هذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » . وهذا يقتضي أن نحسب المدة التي بقي فيها الزرع في الأرض ، وهي مده بعضها سابق على بداية حق الانتفاع وبعضها لاحق ، ويكون الزرع شركة فيما بين المالك والمنتفع ، المالك بنسبة المدة السابقة على بداية حق الانتفاع ، والمنتفع بنسبة المدة اللاحقة ، على أن يساهم المنتفع في تكاليف البذر والسماد والعمل بنسبة مدة انتفاعه (١) . وكان من الخير أن يقاس هذا الفرض الذي نحن بصددده على الفرض الذي يكون فيه زرع في الأرض قائم عند انتهاء حق الانتفاع ، فترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . ويدفع المالك للمنتفع في مقابل ذلك أجره مثل الأرض في الفترة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

٤٩٤ - استعراض بعض حالات عملية لحق المنتفع في الاستغلال :

وقبل أن ننتهي من الكلام في حق المنتفع في الاستغلال ، نستعرض بعض حالات عملية لهذا الحق ، اثنتان منها ورد فيها نص في التقنين المدني وهما حالتا حق الانتفاع بقطيع من المواشي وحق الانتفاع بعقار عثر فيه على كثر ، واثنتان أخريان لم يرد فيها نص وهما حالتا حق الانتفاع بالمتجر وحق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات (٢) .

(١) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٨ ص ٢٧١ - إسماعيل غانم ص ١١ - وقارن محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٢١٩ .

(٢) وقد زخرت نصوص التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بحق الانتفاع بكثير من الحالات التي ألفها التعامل في فرنسا ، ويندر وجودها في مصر . من ذلك نصوص كثيرة تتعلق بحق الانتفاع بالنبات والأشجار وهي منتشرة في فرنسا ، ومن ذلك أيضاً نص يتعلق بالمناجم والمحاجر وقد أصبح نادر التطبيق بعد صدور تشريعات خاصة في فرنسا وفي مصر تنظم استغلال المناجم والمحاجر . ونقف من هذه النصوص عند نص يتعلق بحق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة ، فقد نصت المادة ٨٨٨ مدني فرنسي على أن « حق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة يحمل الحق للمنتفع في أن يتقاضى أقساط المرتب في أثناء المدة التي يقرر فيها حق الانتفاع ، دون أن يكون ملزماً برد =

٤٩٥ - من الانتفاع بقطيع من المواشى : ورد في حق الانتفاع

بقطيع من المواشى نص ، هو العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٢ / ٢ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « وله (للمنتفع) نتاج المواشى بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء » . وكان التقنين المدني السابق يشتمل على نص مماثل ، فكانت المادة ٢٣ / ٤٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « الزيادة التي تحصل من نتاج المواشى تكون للمنتفع ، وإنما بعد أن يستعرض من النتاج ما نفق من الأصل بآفة سماوية » . ويؤخذ من هذه النصوص أن القطيع من المواشى إذا ترتب عليه حق انتفاع ، وجب أن ينظر إليه كجموع من المال ذي وجود فعلي (*universalié de fait*) كالمتجر ، لا كأفراد من رؤوس الغنم كل فرد منها مستقل عن الأفراد الأخرى (*ut singuli*) (١) .

ويرتب على ذلك أن المنتفع يكون له ثمار هذا القطيع من المواشى كجموع ، فينتفع بألبانها وبأصوافها وبتسميدها للأرض . ويكون له فوق ذلك نتاج هذا القطيع ، وإذا كان هناك خلاف في الرأي فيها إذا كان نتاج

شيء ما » . والحكم الذي أورده هذا النص يحسم إشكالا من الصعب حله . فالمنتفع بالإيراد ينحصر حقه ، طبقاً للقواعد العامة ، في أن يتقاضى فوائد هذا الإيراد مدة بقاء حق الانتفاع . ولما كان الإيراد هو مجموع أقساطه ، وهذا المجموع لا يمكن معرفته إلا عند موت صاحب الإيراد ، فكان ينبغي انتظار موت هذا الأخير حتى يعرف مجموع أقساط الإيراد ، وإعطاء المنتفع فوائد هذا المجموع من الأقساط طوال المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع . وليس هذا بالحل السلي ؟ لنك لجأ المشرع الفرنسي إلى شيء من التحكم ، وقضى بإعطاء المنتفع أقساط المرتب التي حلت وقت بقاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٧٦ ص ٧٧٠) . ولا يوجد في مصر نص مماثل لنص التقنين المدني الفرنسي سالف الذكر ، ولا يمكن الأخذ بالحل الذي ورد في التقنين المدني الفرنسي دون نص . فلا مناص من القول بأن صاحب الإيراد يقبض الأقساط ، ويعطى للمنتفع الفوائد بالسعر القانوني ، لا للأقساط التي حلت فحسب ، بل لجميع رأس المال الذي دفع مقابل الإيراد أو الذي كان يجب دفعه في حالة ما إذا وتب الإيراد دون مقابل (انظر في هذا المعنى بودري وشوفو فقرة ٥٩٠ ص ٣٩٠ - وانظر حلا آخر في كولان وكاييتان ودي لامورافير ١ فقرة ١٠٨١ ص ٨٧٥) .

(١) لوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٧١٣ - بودري وشوفو فقرة ٧٢٣ - بلانيول

وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات (١) ، فإن نص المادة ٩٩٢/٢ مدني سالف الذكر صريح في أن نتاج المواشي ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن التاج لا يخلص له كاملاً ، بل عليه أولاً أن يعرض منه ما تنفق من القطيع بحادث مفاجيء حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن التاج متدمج في مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثة القطيع يعرض ما فقده ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقي من التاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من التاج الذي يوجد بعد نفوق ما تنفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من التاج الذي وجد قبل ذلك ، بل من ثمن هذا التاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملاً (٢) . أما إذا كان ما تنفق من القطيع لم يتفق بحادث مفاجيء ، بل بخطأ الغير ، كان هذا الغير هو المسئول عن التعويض . وإذا كان النفوق خطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مسئولاً عن التعويض كاملاً ولو زاد ما تنفق على مقدار التاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار التاج كما هو الأمر فيما إذا كان النفوق بحادث مفاجيء . وإذا تنفق القطيع كله بحادث مفاجيء أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقي نافعاً بعد نفوق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدني فرنسي) . وللمنتفع أن يتصرف في أفراد الماشية إذا أصبحت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعرض ما تصرف فيه منها بالتاج أو ثمنه على النحو الذي قلناه في تعويض ما تنفق من الماشية بحادث مفاجيء (٣) .

وإذا كان القطيع من المواشي ملحفاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض . وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشي إلا بعد أن

(١) انظر آنفاً ققرة ٤٦٦ - الوسيط ٨ ققرة ٢٦٢ ص ٥٨٩ هامش ١ وققرة ٢٦٤ ص ٥٩٠ .

(٢) أوبري وردو ٢ ققرة ٢٢٦ وهامش ١٦ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٧٨٩ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ ققرة ١٠٦٧ ص ٨٦٤ - عكس ذلك بودري وشوفر ققرة ٧٢٤ .

(٣) أوبري وردو ٢ ققرة ٢٢٦ ص ٧١٢ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٧٨٩ .

يعرض منها ، ليس فحسب ما نفق من القطيع على النحو المتقدم ، بل أيضاً بعد أن يعزز القطيع بالتاج بحيث يكون القطيع دائماً صالحاً لمواجهة ما يقتضيه استغلال الأرض الزراعية وما تتطلبه حاجاتها (١) .

٤٩٦ - من ارتفاع عقار عشر فيه على كثر : هنا أيضاً ورد نص هو المادة ١/٨٧٢ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « الكثر المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يكشف ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكثر أو لمالك رقبته » . وقد قلنا عند الكلام في الاستيلاء كسب من أسباب كسب الملكية ، أنه إذا ترتب على العقار حق انتفاع ، وعثر شخص على كثر في العقار ، فإن الكثر لا يكون للمنتفع ، إذ الكثر لا يعتبر ثماراً للعقار ، بل هو لا يعتبر جزءاً من العقار ، بل هو مال مستقل عنه ، ولا يوصله بالعقار إلا أنه مال مدفون أو مخبوء فيه (٢) . وعلى ذلك يكون الكثر كله لمالك الرقبة ، حتى لو كان من عشر على الكثر ، مصادفة أو بعد بحث ، هو المنتفع نفسه . ذلك أن العثور على الكثر لا ينحول من عشر عليه ، في القانون المصري ، أي حق في الكثر (٣) .

٤٩٧ - من ارتفاع بالتجر : ويعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعاً من المال إذا وجود فعلي (universalité de fait) ، كما رأينا في القطيع من الغنم . ذلك أن المتجر لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا يكون ذمة مالية مستقلة بل يدخل في عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم لا يكون لهذا المجموع وجود قانوني ، بل ليس له إلا وجود فعلي كما سبق القول . ويشتمل المتجر كمجموع من المال على عناصر مختلفة . منها المادى كال بضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق في الإيجار وحقوق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . وقد صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٠ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦١ .

(٣) انظر في كل ذلك آنفاً فقرة ١١ .

المحال التجارية ورهنها ، وهو يجوز بيع المتجر ورهنه كجموع من المال ،
تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى (١) .

وجوز قياساً على ذلك أن يترتب حق انتفاع على المتجر ، باعتباره
مجموعاً من المال . ويقع حق الانتفاع على هذا المجموع ، لا ما يشتمل عليه
من العناصر مستقلة بعضها عن بعض ، لأن هذه العناصر تفتى فيه ويصبح
للمتجر كيان مستقل عن عناصره . فلو كان فى هذه العناصر أشياء قابلة
للاستهلاك كالבضائع ، فانها لا تجعل المتجر كجموع شيئاً مادياً قابلاً للاستهلاك
تبعاً لها ، بل هى التى تفتى فى المتجر كما قلنا ، ويكون المتجر بالرغم من
وجود هذه الأشياء فيه مالا غير مادی . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع
بالمتجر لا يكون شبه حق انتفاع كما يكون حق الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك ،
فلا تنتقل ملكية المتجر إلى المنتفع كما تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك للمنتفع فى
شبه حق الانتفاع . وعلى ذلك لا يجوز للمنتفع أن يبيع المتجر لأنه لا يملكه ، وإنما
يجوز له أن يبيع حق الانتفاع به فحسب ، ولا يجوز للدائى المنتفع أن يحجزوا
إلا على حق الانتفاع بالمتجر ، فتبقى رقة المتجر خارجة عن الحجز ، وإذا
أفلس المنتفع فلا يدخل فى التعلية إلا حق الانتفاع بالمتجر (٢) :

ويكون للمنتفع بالمتجر الحق فى ثماره ، أى فى الحصول على أرباحه
(*bénéfices*) ، ولكن يجب عليه أن يخصم جزءاً من الأرباح يخصمه
للتعويض عن استهلاك الآلات وغيرها من المهمات ، إذ هو ملزم بالمحافظة
عليها وتجديدها . ويجب أيضاً أن يخصم جزءاً آخر من الأرباح يخصص
احتياطياً للمتجر ، ويستخدمه فى التقدم بالمتجر وفى توسيعه ، إذا كان هذا
الإجراء الاحتياطى هو ما جرى عليه مالك المتجر (٣) .

ويتولى المنتفع بالمتجر إدارته ، وإذا قصر فى ذلك جاز للمالك أن يطلب
بيع المتجر (٤) . ويجوز للمنتفع ألا يتولى الإدارة بنفسه ويكلها إلى غيره ،

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ١١١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ هامش ٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٧ -
كولان وكاييتان ونى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٦ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٢ - بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ - بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ .

بل يجوز له أن يؤجر المتجر . أو أن يبيع حق انتفاعه به . وإدارة المتجر تتضمن الحق في بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها . كما هو المألوف في إدارة المتاجر . ولا يرجع ذلك إلى أن المتفع قد تملك هذه البضائع باعتبارها شيئاً قابلاً للاستهلاك ، وإنما يرجع إلى أن بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها داخل في نطاق سلطته في إدارة المتجر (١) . ويدخل أيضاً في نطاق سلطته في الإدارة أن يتعهد الآلات والمهمات بالصيانة ، وأن يبيع ما أصبح غير صالح منها أو صار قديماً لا يساير حركة التقدم ، وأن يجدد ما يلي من هذه المهمات وأن يشتري ما أصبح المتجر في حاجة إليه من آلات ومهمات حديثة صالحة .

٤٩٨ - من الانتفاع بالأشياء والمخصصات : السهم في شركات المساهمة . أو الحصة في بعض الشركات الأخرى كالشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التوصية وشركات التضامن ، يغل ربحاً يتفاوت بتفاوت أرباح الشركة . أما السند فهو دين على الشركة ، ويكون صاحبه دائماً للشركة بمقدار قيمته الاسمية ، وهو يغل ربحاً ثابتاً هو نسبة مئوية معينة من هذه القيمة الاسمية تعتبر فوائده لرأس المال الذي يمثله السند . فإذا ترتب حق انتفاع على سهم أو حصة أو سند ، كان للمتفع أن يتقاضى ما يغله السهم أو الحصة من ربح أو ما يدفع للسند من فوائده (٢) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢٢ - اسماعيل غانم ص ٨ - كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٦ (ويذهبون إلى أن المتفع يبيع البضائع ويحل محلها غيرها بموجب الحلول العيني) - وقارن مازو فقرة ١٦٥٣ (ويذهبون إلى أن المتفع يبيع البضائع لأنها قابلة للاستهلاك فيملكها كما في شبه حق الانتفاع) .

(٢) ويلاحظ أن الشركة ، عندما تحدد الأرباح التي توزعها على المساهمين أو على أصحاب الحصص ، تحتجز أولاً من الأرباح الصافية التي حققها جزءاً تخصصه لاستهلاك الآلات والمهمات ولتجديدها ، ثم تحتجز جزءاً آخر تجعله احتياطياً تواجه به الظروف المختلفة التي تمر بالشركة . وتخصص في نهاية الأمر ، طبقاً لنظام الشركة ، الجزء من الأرباح الصافية التي توزعها على المساهمين أو أصحاب الحصص فالعبرة بهذا الجزء الأخير المخصص للتوزيع ، وهو الذي يمكن اعتباره ثماراً . وكما أن المالك لا حق له إلا في هذا الجزء ، كذلك المتفع لا يتقاضى إلا هذا الجزء ثماراً للسهم أو الحصة ، شأنه في ذلك شأن المالك نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩١ ص ٧٨٩) .

وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، ويكون لمالك الرقبة ، وتكون فوائده فقط للمتفع (١) .

وإذا ربح السهم أو السند جائزة ، فهي لمالك الرقبة لأنها تعتبر جزءاً من رأس المال ، وليس للمتفع إلا فوائدها هذه الجائزة (٢) .

§ ٢- مدى سلطة المتفع على الشيء المتفع به .

٤٩٩- أعمال الإدارة وأعمال التصرف ومباشرة الدعاوى : وحتى

يتمكن المتفع من الانتفاع بالشيء على الوجه الذي بسلطانه فيما تقدم ، فإن له أن يقوم بالنسبة إلى هذا الشيء بأعمال الإدارة اللازمة لهذا الانتفاع (٣) . وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف ، ولكن بالنسبة إلى حق الانتفاع وحده دون الرقبة فانه لا يملكها . وله أخيراً أن يباشر من الدعاوى ما هو متعلق بحق الانتفاع نفسه ، وما هو متعلق بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٩٢ ص ٧٨٥ - وقد تصدر الشركة أسهما جديدة لزيادة رأس المال ، وتضيف علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الاحتياطيات القديمة للشركة وهي الاحتياطيات التي تكونت من أرباح السنين السابقة . فهذه العلاوة لا تعتبر ربحاً ، بل هي جزء من رأس المال . فإذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق المالك ، وليس للمتفع إلا فوائده هذا النصيب (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٩٣) . كذلك إذا أرادت الشركة زيادة رأس المال ، وأعطت للمساهمين القدامى الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة ، فإن هذا الحق يكون لمالك الرقبة دون المتفع . ولا يجوز للمتفع أن يكتب في الأسهم الجديدة إذا امتنع مالك الرقبة من الاكتتاب فيها ، لأن الحق في الاكتتاب لا يتصل بالربح وإنما يتصل برأس المال (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٩٤) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٧ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٩٥ .

(٣) ويمكن أن تصور اقتطاع سلطة الإدارة من المتفع وإبقائها لمالك الرقبة ، ولا يكون للمتفع إلا غلة الشيء المتفع به دون أن يتدخل في إدارة هذا الشيء (انظر في ذلك كاربونيه ص ١١٥) .

١ - أعمال الإدارة

٥٠٠ - الإيجار : من أهم أعمال الإدارة الإيجار (١) ، فالمتنفع أن يؤجر الشيء المتنفع به لاستثماره والحصول على أجرته ، والأجرة هي الثمار المدنية كما سبق القول . وقد نصت المادة ٥٦٠ مدني على أن الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة (٢) . وقد قلعنا عند الكلام في الإيجار (٣) أن المتنفع أن يؤجر الشيء المتنفع به ، ولا حد لمدة الإيجار إلا المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائماً . فإذا كانت مدة حق الانتفاع اثنتي عشرة سنة مثلاً ، جاز للمتفع أن يؤجر الشيء لأية مدة ، بشرط ألا يتجاوز اثنتي عشرة سنة وألا يتجاوز في الوقت ذاته حياة المتنفع . فيؤجرها لسبع سنوات مثلاً ، أو عشر سنوات ، أو اثنتي عشرة سنة ، فلا يتقيد بمدة ثلاث سنوات ، وهي الحد الأقصى لمدة الإيجار الذي يعقده من يدير مال غيره (م ٧٠١ مدني) . ذلك بأن المتنفع لا يدير الشيء المتنفع به نائباً عن الغير ، وإنما يستعمل حقه الأصلي في الانتفاع . فإذا فرضنا أن المتنفع آجر الشيء لمدة عشر سنوات مثلاً ، وبقي حياً طوال هذه المدة ، فإن الإيجار يبقى قائماً إلى انقضاء عشر سنوات . أما إذا مات بعد انقضاء سبع سنوات مثلاً ، فإن الإيجار ينتهي بموته لزوال حق الانتفاع بالموت .

(١) وقد قضت المادة ٧٠١ / ٢ مدني على أنه بعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والضيافة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة : كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المتقول الذي يشرح إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله . وستقف ، من أعمال الإدارة التي تصدر من المتنفع ، عند الإيجار وبيع المحصول واستيفاء الحقوق وحضور جلسات الجمعيات العامة للشركات . أما الأعمال الأخرى ، فيكفي الإحالة فيها إلى القواعد العامة .

(٢) أما إذا كان المالك قد آجر المين ، فإن الإيجار يسري في حق المتنفع إذا كان ثابت التاريخ وسابقاً على بداية حق الانتفاع . وذلك بأن هذا الإيجار يسري في حق المشتري (م ٦٠٤ مدني) ، فأول أن يسري في حق المتنفع . انظر المادة ٩٤٦ مدني سوري والمادة ٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٢٧ .

على أنه إذا أقر مالك الرقبة الإيجار . مقدماً أو عند موت المتفع . فإن العقد يبقى قائماً مدة ثلاث سنوات الباقية ، لا بين المستأجر وورثة المتفع ، بل بين المستأجر ومالك الرقبة الذى يستعيد الملكية الكاملة بموت المتفع . وإذا انتهى الإيجار بموت المتفع قبل انقضاء مدته لأن مالك الرقبة لم يقر الإيجار ، لم يحكم على المستأجر بالإخلاء فوراً ، بل يجب على المالك أن ينبه عليه بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى . وإذا كانت العين أرضاً زراعية لم يجوز انتهاء الإيجار قبل نقل المحصولات ، ولو اقتضى هذا النقل وقتاً أطول من الميعاد المقرر للتنبيه بالإخلاء (١) .

٥٠١ - بيع المحصول : لا شك فى أن بيع المحصول وبيعه هو من صميم أعمال الإدارة ، بالرغم من أن البيع فى ذاته عمل من أعمال التصرف . فللمتفع أن يجنى محصول الأرض الزراعية وأن يبيعه ، وأن يقبض ثمنه وهو ملك له . وله أن يبيع الزرع وهو لا يزال قائماً ، حتى لو انقضى حق الانتفاع قبل أن يتمكن جنيه . وفى هذه الحالة تسرى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى ، فيدفع المتفع أو ورثته أجرة مثل الأرض عن الفترة من الزمن ما بين نهاية حق الانتفاع وبين جنى المحصول لتسليمه للمشتري .

٥٠٢ - استيفاء الحقوق : وللمتفع أن يستوفى الحقوق التى يكون له حق الانتفاع بها فى مواعيد استحقاقها ، ودياً أو عن طريق القضاء ، وأن يعطى مخالصة بهذه الحقوق . مثل ذلك أن يوصى لشخص بحق الانتفاع بجزء

(١) وإذا كان حق الانتفاع مقررأ طول حياة المتفع ، وآجر هذا الأخير الشيء لمدة سبع سنوات ، ومات بعد خمس سنوات ، انتهى الإيجار بموته . وإذا أقر المالك الإيجار بقى قائماً مدة السنتين الباقيتين ، ولكن بينه وبين المستأجر . وإذا لم يقره ، وجب عليه أن ينبه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى ، مع مراعاة إمهال المستأجر فى الأرض الزراعية لنقل محصول السنة . هذا ويجوز للمتفع أن يؤجر العين لمالك الرقبة نفسه ، فإذا مات قبل انقضاء مدة الإيجار انتهى الإيجار بانقضاء الفة ، إذ يجتمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معاً (الوسيط ٦ فقرة ٣٧ ص ٤٨) - وغنى عن البيان أن جميع الأحكام المتقدمة قد تأثرت إلى حد بعيد بالتشريعات الحديثة الخاصة بإيجار الأماكن وبإيجار الأراضى الزراعية ، وتقضى هذه التشريعات ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة حتى بعد انقضاء مدة الإيجار بحكم القانون .

من مجموع الشركة ، وتكون للشركة حقوق في ذمة مدينها يدخل بعضها في الجزء الموصى به ، فالمتنع في هذه الحالة أن يستوفي هذه الحقوق من مدين الشركة ، وليس للورثة أن يعارضوا في هذا الاستيفاء ، وتكون المخالصة التي أمضاها المتنع حجة عليهم . وليس على مدين الشركة أن يستوثقوا مما إذا كان المتنع قد قدم كفيلاً للورثة ، فإن هذا أمر لا يعينهم وإنما يعنى الورثة أنفسهم . وعندما يقبض المتنع الحق من المدين ، وهو عادة مبلغ من النقود ، يتحول حق الانتفاع إلى شبه حق انتفاع ، فيجوز للمتنع أن يستغله وأن يتصرف فيه وأن يقبض ريعه ، على أن يرد للورثة مثله عند نهاية حق الانتفاع . ويجوز للورثة في هذه الحالة أن يطالبوا المتنع بكفالة تضمن لهم رد رأس المال ، وتقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المتنع رأس المال .

وقد يهلك الشيء المتنع به فيستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، وقد تزع ملكيته فيستحق عنه تعويض عن نزع الملكية . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدني على أن « ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . وعلى ذلك يحل التعويض عن الهلاك أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية حلولاً عينياً محل الشيء المتنع به ، ويكون للمتنع حق استثماره إلى نهاية حق الانتفاع ، ورده بعد ذلك إلى المالك . فيكون له إذن استيفاء الحقوق سالفة الذكر من المدينين بها واعطاء مخالصة بها ، شأن هذه الحقوق شأن سائر الحقوق التي يستوفها المتنع . ويجوز للمالك ، تبعاً لذلك ، أن يطالب المتنع بتقديم كفالة ، كما تقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المتنع المبالغ التي قبضها (١) .

٥٠٣ - مقرر جلسات الجمعيات العامة للشركات : ويعتبر حضور

جلسة الجمعية العامة للشركة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية

(١) وفيما يتعلق بمبلغ التأمين ، إذا كان المتنع هو الذي أمن على حق انتفاعه ، فإن مبلغ التأمين يكون من حقه وحده ، ولا يلتزم برد شيء منه للمالك ، أما إذا كان التأمين على ملكية الشيء المتنع لا على حق الانتفاع وحده ، فإن مبلغ التأمين يكون من حق المالك ، على أن يكون للمتنع الحق في استثماره على النحو الذي قدمناه (أوبري ورو ٢ مقرة ٢٢١ ص ٦٧١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ مقرة ٨٠٥) .

من أعمال الإدارة : حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملاً من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة . فالمتنفع بالسهم ، لا مالك الرقبة . هو الذى له حق حضور جلسات الجمعية العامة (١) .

ب . أعمال التصرف

٥٠٤ - القاعدة العامة : للمنتفع حق عيني على الشيء المتنفع به هو حق الانتفاع ، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة . وعلى ذلك يجوز له التصرف في حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات : ولا يجوز له أن يتصرف في الرقبة . والتصرف في حق الانتفاع يكون بوجه خاص بالتزول عنه للغير ، أو برهنه ، أو بترتيب حق عيني أصلي عليه فيرتب المتنفع مثلاً حق انتفاع على نفس حق انتفاعه . فنستعرض هذه التصرفات المختلفة ، ثم ننقل إلى عدم جواز تصرف المتنفع في الرقبة .

٥٠٥ - زول المتنفع عن حق الانتفاع للغير : يجوز للمنتفع أن يتزل عن حق انتفاعه للغير ، معاوضة أو تبرعاً . فيجوز له أن يبيعه . وأن يقايض عليه : وأن يجعله حصة له في شركة ، وأن يتزل عنه لدائنه مقابلاً لوفاء الدين ، وأن يهبه . وتجب مراعاة قواعد التسجيل إذا وقع حق الانتفاع على عقار ، ومراعاة الشكل في الهبة . ولا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع : لأن الوصية تملك لما بعد الموت وحق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المتنفع .

(١) وهذا الحكم متفق عليه فيما إذا كان نظام الشركة يقضى بأن حق الحضور يكون للمنتفع دون المالك ، وفيما إذا كان السهم ليس بهما اسماً بل هو سهم لحامته . أما إذا كان السهم اسماً ، ولا يوجد في نظام الشركة حكم في المسألة ، فالأمر يختلف فيه . فرأى يذهب إلى أن حق الحضور لا يكون إلا للمالك ، ورأى ثان يذهب إلى أن للمنتفع حق الحضور في الجمعيات العامة العادية ويحضر المالك في الجمعيات العامة غير العادية ، ورأى ثالث يذهب إلى وجوب حضور كل من المالك والمنتفع في الجمعيات العادية وغير العادية وإذا اختلفا فالقضاء يفصل في الأمر . ويبدو أنه إذا سلم بأن حضور جلسات الجمعية العامة هو عمل من أعمال الإدارة ، فإنه يجب القول بأن المتنفع لا المالك هو الذى له حق الحضور في جميع جلسات الجمعية العامة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية (انظر في هذا المعنى بلانيول وزيير ويكار ٣ فقرة ٨٠٧ ص ٧٩٨ والمراجع التي أشير إليها) .

وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع بوجه من الوجوه المتقدمة : فإن من تلقى منه الحق يعتبر مالكا لنفس حق الانتفاع الذي ترتب للمنتفع . ويرتب على ذلك أن حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع لا بموت من تلقى هذا الحق ، وأن المنتفع يبقى ملتزما نحو مالك الرقبة بما يترتب في ذمته من التزامات شخصية نحوه ولا تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة من تلقى حق الانتفاع . ويكون لهذا الأخير نفس حقوق المنتفع ، إلى أن ينتهي حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، لا بموت من تلقى حق الانتفاع كما سبق القول . فاذا مات من تلقى حق الانتفاع قبل موت المنتفع ، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثة من تلقى هذا الحق من المنتفع ، ويبقى إلى أن ينتهي بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . وهذا هو الفرض الذي ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث ، وقد سبقت الإشارة إليه (١) .

وكما يجوز التزول عن حق الانتفاع ، كذلك يجوز الحجز عليه من دائي المنتفع ، وهذا ما لم يشترط عدم التزول عن الحق وعدم جواز الحجز عليه (٢) .

٥٠٦ - رهن المنتفع لحق الانتفاع : ويجوز أيضا للمنتفع رهن حق الانتفاع رهنا رسميا إذا كان الحق واقعا على عقار ، ورهن حيازة إذا وقع الحق على عقار أو منقول . ويجوز لدائى المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه .

والدائن الذى له حق رهن أو اختصاص أو امتياز على حق الانتفاع لا يجوز له أن يحجز إلا على حق الانتفاع نفسه ، ولا شأن له بالرقبة . ومن يرسو عليه المزارد لا ينتقل إليه إلا حق الانتفاع ، فليس له إلا حقوق المنتفع إلى أن ينتهي حق الانتفاع . وإذا انتهى حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ - وانظر م ٩٤٧ مدنى سورى ، وم ١٢٥٣ مدنى عراقى ، وم ٤٣ من قانون الملكية العقارية البناني .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨١٢ .

برهنه أو اختصاصه أو بامتياز ، فان الرهن أو الاختصاص أو الامتياز يزول بزوال محله (١) .

٥٠٧ - ترتيب حق انتفاع على حق التزول : وقد لا يتزل المتفع عن حق الانتفاع للغير ، ولكن يقتصر على أن يرتب للغير حق انتفاع على حق انتفاعه هو ، فيكون هناك حق انتفاع مرتب أحدهما على الآخر (deux usufruits superposés) . ويندر أن يكون هذا الوضع المعقد نتيجة اتفاق ، وإنما يقع في فرنسا أن يكون حق الانتفاع الذي يرتبه القانون للأب على أموال ولده أو للزوج على أموال الزوجة يشمل ، فيما يشمل من أموال القاصر أو أموال الزوجة ، حقوق انتفاع يرتب عليها حق انتفاع الأب أو حق انتفاع الزوج ، وهكذا يرتب حق انتفاع على حق انتفاع .

ولا يكاد يوجد إلا فرق واحد بين التزول عن حق الانتفاع وترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع . ففي الحالتين يحل المتنازل له أو المتفع الجديد محل المتفع الأصلي في جميع حقوقه . ولكن في حالة التزول عن حق الانتفاع ، إذا مات المتنازل له قبل انتهاء حق الانتفاع الأصلي ، انتقل هذا الحق إلى ورثة المتنازل له كما سبق القول (٢) . أما في حالة ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ، فان حق الانتفاع الثاني المترتب على حق الانتفاع الأصلي ينتهي ، لا فحسب بانتهاء حق الانتفاع الأصلي ، بل أيضا بموت المتفع الثاني ، فلا ينتقل إلى ورثته كما رأينا ينتقل إلى ورثة المتنازل له (٣) .

(١) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ وفقرة ٥٠٥ .

(٣) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨١٤ - بلانيول وريير وبولانجييه ١ فقرة ٢٥١٣ ص ١١٥٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٤ - وأما فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على حق الانتفاع ، فان ذلك لا يجوز ، فان حق الارتفاق فرع عن الملكية لا من حق الانتفاع ، فلا يجوز لغير مالك الرقة ترتيبه ، ولا يجوز ذلك للمتفع (بودري وشوفو فقرة ١٩٠٦ ص ٨٢٧ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ ويريان جواز ترتيب حق شبه حق الارتفاق على حق الانتفاع بحيث لا يمس هذا الحق بحق مالك الرقة - وقانون شفيق شحاته فقرة ٩٣ ص ١١٦) .

٥٠٨ - عدم جواز تصرف المنتفع في الرقبة: وإذا كان المنتفع يستطيع التصرف في حق الانتفاع على النحو الذي بيناه ، فإنه لا يستطيع التصرف في الرقبة لأنها ليست ملكه . ويرتب على ذلك أنه إذا باع الرقبة ، كان حكم هذا البيع هو حكم بيع الغير لا ينفذ في حق مالك الرقبة . ويرتب على ذلك أيضا أن المنتفع لا يستطيع التزول عن حق ارتفاق مرتب لمصلحة العقار المنتفع به ، وكل ما يملكه في هذا الشأن هو أن يتعهد تعهدا شخصيا بالآلا يستعمل حق الارتفاق هذا ، وهذا التعهد الشخصي لا يلزم مالك الرقبة (١) .

ومع ذلك يجوز للمنتفع أن يتصرف في الرقبة ، وذلك في حالة شبه الانتفاع . فقد قدمنا (٢) أن المنتفع يصبح في هذه الحالة مالكا للشيء المنتفع به ملكية كاملة ، فيستطيع أن يتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (٣) .

من مباشرة الدعاوى

٥٠٩ - الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه : يجوز للمنتفع أن يباشر الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه فيجوز له أن يرفع دعوى الإقرار بحق الانتفاع (action confessoire d'usufruit) ، وهي الدعوى التي تقابل دعوى الاستحقاق في الملكية ، وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشيء المنتفع به أي حائز له . وكذلك يستطيع أن يرفع دعاوى الحيازة يحمي بها حيازته للعقار المنتفع به (٤) ، ويستطيع أن يرفع هذه الدعاوى على مالك

(١) كذلك لا يجوز له أن يبيع القيم المنقولة (valeurs mobilières) التي يتضمنها حق الانتفاع ، حتى لو كانت هذه القيم لحاملها . ولا يجوز له أن يحوله سندا اسيا إلى سند خامله ، فان هذا التحويل يعتبر من أعمال التصرف (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٠٨ وفقرة ٨١٠) .
(٢) انظر آتفاً فقرة ٤٧٧ .

(٣) ويتحقق شبه حق الانتفاع فيما إذا كان الشيء المنتفع به شيئا قابلا للاستهلاك ، وفيما إذا كان هذا الشيء معدا للبيع كالبطائع ، وفيما إذا كان قد قوم تقويماً قصد به نقل الملكية إلى المنتفع على أن يرد القيمة عند نهاية حق الانتفاع (انظر آتفاً فقرة ٤٧٨ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨١١) .

(٤) والحكم الذي يصدر لصالحه ، في دعوى الإقرار بحق الانتفاع أو في دعاوى الحيازة ، يجوز لمالك الرقبة أن يحتج به ، أما الحكم الذي يصدر ضده فلا يجوز أن يحتج به على مالك الرقبة (لوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨١٧) .

الرقبة إذا تعرض له في حيازته لحق الانتفاع أو انتزع منه الحيازة . ذلك أن المتفع يعتبر حائزاً لحساب نفسه بالنسبة إلى حق الانتفاع وإن كان حائزاً عرضياً بالنسبة إلى حق الملكية ، ومن ثم جاز له أن يحمي حيازته لحق الانتفاع بدعوى الحيازة (١) .

ومجوز للمتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود (action en bornage) ودعوى القسمة ، ولكن إذا لم يدخل مالك الرقبة خصماً في هاتين الدعوتين فإن الحكم فيهما لا يكون حجة على هذا الأخير (٢) .

٥١٠ - الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع : والمتفع أن يباشر الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع ، وقد قلنا أنه يستطيع أن يقاضى المدينين بهذه الحقوق ليطالبهم بها (٣) . وله أن يرفع دعوى التأمينات لهذه الحقوق من رهن وامتياز وكفالة (٤) ، وكذلك الدعوى المتصلة بهذه الحقوق كما لو كان الحق ثمن بيع فيرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء به ، وكما لو تصرف المدين بهذا الحق في ماله غشاً فيرفع الدعوى ، البولصية (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمتفع أن يرفع دعوى اليد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤١٢ ص ١٠٣٥) - وإذا نجح المتفع في دعوى الحيازة التي يرفعها على المالك ، جاز له أن يحتج بهذه الحيازة فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك . ويثبت في الوقت ذاته أن المتفع هو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية ، فلا يستطيع أن يملك هذا الحق بالتقادم . بل يجوز للمالك أن يرفع دعوى الحيازة ليحمي حيازته لحق ملكيته ضد من يتعرض لهذا الحق ، ويتمسك في ذلك بأن المتفع يجوز حق الملكية نيابة عنه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٩٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٣٣ ص ٢٧٤ - وفي جميع الأحوال إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق مالك الرقبة ومالك حق الانتفاع ، فلنير التي ترفع ضده الدعوى أن يطلب إدخال من لم يدخل منهما خصماً في الدعوى (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

ولكن المتفع لا يستطيع رفع دعوى متعلقة بحق لم يكن ضمن الحقوق الداخلة في حق الانتفاع وقت أن بدأ . فإذا كانت الدعوى مثلاً دعوى نقض للغبن أو دعوى إبطال ، ولم يكن المالك قد رفعها وقت أن بدأ حق الانتفاع فلم يتضمنها هذا الحق ، لم يجوز للمتفع أن يرفعها لأن حق الانتفاع لم يشملها . ولكن إذا رفعها المالك ونتج عن رفعها أن نقض بيعاً أو أبطله فأرجع المبيع إلى ملكه بأثر رجعي ، فإن حق الانتفاع يمتد إلى هذا المبيع فيشمله ، ويعتبر المبيع داخلاً ضمن حق الانتفاع منذ بدايته (١) .

المطلب الثاني

الزمامات المتفع

٥١١ - الزمامات أربعة : الزمامات المتفع ترتب في ذمته نحو مالك الرقبة بحكم القانون ، فهي إذن الزمامات قانونية . وترجع كلها إلى واقعة مادية هي وجود رقبة الشيء المتفع به في يد المتفع ، فيجب عليه حفظها وصيانتها حتى يرد لها سالمة . واتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض (٢) . وغنى عن البيان أنه قد ترتب في ذمة المتفع الزمامات أخرى يقررها سند حق الانتفاع إذا نشأ هذا الحق عن عقد أو وصية ، فيكون العقد أو الوصية هو مصدر هذه الالتزامات (٣) .

والالتزامات التي يربتها القانون في ذمة المتفع نحو مالك الرقبة أربعة :
(١) استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة .

(١) أوبري ورو ٢٢٠ فقرة ٢٢٩ - بلانيول وزيير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٩ - وقرب عبد المنعم البدر ٢٣٦ فقرة ٢٣٦ .

(٣) وتعتبر هذه الالتزامات التزامات عينية ، لأنها نشأت بسبب وجود الرقبة في يد المتفع ، وتدور كلها حول وجوب المحافظة على العين مراعاة لحق صاحب الرقبة - ويرتّب على ذلك أنه يجوز للمتفع التخلص من هذه الالتزامات إذا هو تحلّ عن حقه في الانتفاع وترك العين المتفع بها (abandon) ، ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تعرض نصوص المواد ... للالتزامات المتفع ، ومى التزامات يجب في ذمته لأن في يده رقبة العين المتفع بها . فيستطيع إذن أن يتخلص منها إذا هو تحلّ عن حقه في الانتفاع . وتدور الالتزامات كلها حول وجوب المحافظة على العين ، مراعاة لحق صاحب الرقبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩) .

(٢) صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة . (٣) حفظ الشيء والمسئولية عن هلاكه . (٤) جرد المتقول وتقديم كفالة به .

١ - استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أورد له وإدارته إدارة حسنة :

٥١٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٨ مدني على ما يأتي :

١ - « على المستفيع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له . وأن يديره إدارة حسنة » .

٢ - « وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات . فإن لم يقدمها المستفيع ، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن يتزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها . بل له ، تبعاً لخطورة الحال ، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، دون إخلال بحقوق الغير » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٩/٢٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٤٨

- وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ (٣) .

ونتكلم في مضمون هذا الالتزام ، ثم في جزاء الإخلال به .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ما عدا بعض الفروق . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٣ في المشروع النهائي ، بعد أن أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « بحالته التي تسلمه عليها » ، وإلى الفقرة الثانية عبارة « أو غير متفق مع طبيعتها » ، فأصبح النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٨ - ص ٥٤٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٩ / ٢٠ : يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشيء فيما وضع له .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٤٨ : ١ - على المستفيع أن يستدل العقارات كمالك معتن مجتهد ، وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التي يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بملكها .

٥١٣ - **مضمونه الالتزام** : يتسلم المستفع الشيء المستفع به بالحالة التي هو عليها وقت بداية حق الانتفاع ، وليس له أن يلزم مالك الرقبة أن يسلمه الشيء في حالة حسنة إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهداً خاصاً (١) .

ومتى تسلم الشيء على هذه الحالة ، فعليه أن يستعمله وفقاً لما أعده له المالك (٢) ، وأن يستثمره على النحو الذي يستثمره به المالك ، وذلك كله وفقاً لما أعده له الشيء بحسب طبيعته . وعلى ذلك إذا كان الشيء داراً أعدت للسكنى ، لم يجوز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى « بنسيون » أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك (٣) ولكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه ، أو أن يوجرها للسكنى . وإذا كان الشيء أرضاً زراعية أعدت لزراعة أشجار التكاكية أو لزراعة الزهور ، لم يجوز للمستفع أن يحولها إلى أرض زراعية

٢ - وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المقودة سابقاً ، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه . ٣ - وعلى المستفع في استعماله العقار واستغلاله أن يعمل وفقاً لما اعتاده ملاك العقار السابقون ، ولا سيما فيما يتعلق بالنوعية المدة لها الأبنية ، وطريقة زراعة الأراضي ، واستثمار الأحراج والمقالع . غير أنه يمكنه زراعة الأراضي البور ، أو بصورة أعم تحسين طريقة الزراعة . م ٩٥٧ : ١ - يجوز إسقاط المستفع من حقه بحكم قضائي بناء على طلب مالك الرقبة ، بسبب إساءة المستفع في استغلال العقار ، لا سيما إذا أحدث تخريباً فيه أو إذا تركه يخرب لإهماله العناية به . ٢ - وفي هذه الحالة يجوز لدائن المستفع أن يتدخلوا في الدعوى ، ويمكنهم أن يعرضوا تولي إصلاح ما تخرب وتقديم ضمانات للمستقبل . ٣ - وللقاضي ، حسب خطورة الظروف ، إما أن يحكم بإسقاط حق الانتفاع إسقاطاً مطلقاً ، وأما أن يأمر بعدم تسليم العقار إلى مالك الرقبة إلا على شريطة أن يدفع سنوياً للمستفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع . (وهذه الأحكام في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصري .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٤ : ١ - على المستفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعده له

٢ - (مطابقة لفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مصري)

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٤ وم ٥٤ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٨ و ٩٥٧

من التقنين السوري ، وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ خ ٦٧٠ .

للمحصولات العادية كالقطن والقمح والبقول . وأن يقتلع الأشجار المفروسة في الأرض . ولكن له أن يصلح الأراضي البور وأن يزرع فيها من المحصولات ما يلائمها . ولا يعد هذا تغييرا في الاستعمال بل هو إصلاح فيه . وإذا كان الشيء متجرا للأقمشة أو مصنعا للزجاج . لم يجوز له أن يغير شيئا من ذلك . فيجعل المتجر مثلا متجرا للأخشاب أو المصنع مصنعا للمنسوجات . وإذا كان الشيء سندات اسمية . لم يجوز له أن يحولها إلى سندات لحاملها . فإن في هذا تغييرا جوهريا في طبيعة الشيء . فوق أنه يعد من أعمال التصرف والمنفعة لا يملك أن يقوم بهذه الأعمال (١) .

ويجب عليه في جميع الأحوال أن يدير العين إدارة حسنة ، فإذا كانت متجرا مثلا وجب عليه أن يحسن إدارته ، أو كانت أرضا وجب عليه ألا يتركها يوراً أو أن ينهكها بالزراعة . فالعناية التي يجب عليه بذلها في إدارة الشيء واستغلاله هي عناية الرجل المعتاد . فلا يجوز له أن يتزل عن هذا القدر من العناية . حتى لو كان هو أو مالك الرقبة يتزل عنها في إدارة شؤون نفسه (٢) .

٥١٤ - جزاء الوفاء بالالتزام : فإذا استعمل المنتفع الشيء استعمالا غير مشروع . بأن استعمله لغير ما أعد له ، أو استعمالا غير متفق مع طبيعته ، ونجم عن هذا الاستعمال خطر على الرقبة ، فلمالك الرقبة أن يطلب من المنتفع أن يكف عن هذا الاستعمال . وله أيضا أن يطالبه بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ماعسى أن ينجم من الأضرار عن هذا الاستعمال . فإذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة ، أو قدمها ولكنه استمر في سوء استعماله ، جاز للمالك أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطى الغلة للمنتفع .

(١) انظر آتفاً فقرة ٥٠٨ .

(٢) مازو فقرة ١٦٨١ ص ١٢٢٢ - وانظر استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٢٩ ص ٩٥ - وقد قضى بأنه إذا ثبت أن المنتفع بقطعة أرض زراعية قد أخذ أتربة منها بحيث هبط مستواها إلى عن متوسط متر ، فقد استعملها استعمالا غير جائز ، وسقط بذلك حقه في الانتفاع (منوف ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٣ ص ٧٨٤) .

بل إن للقاضي بناء على طلب المالك ، إذا رأى سوء الاستعمال خطيراً إلى حد يستوجب إجراء أشد ، أن يحكم بإنهاء حق الانتفاع أى باسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المتفع ، فيضيق على المتفع المدة الباقية له من مدة الانتفاع . ولكن يجب في هذه الحالة مراعاة حق الغير ، فإذا كان حق الانتفاع مرهوناً مثلاً ، احتفظ الدائن المرهن بحقه . وعلى ذلك ترد العين إلى المالك ، ولكن حق الانتفاع فيها المدة الباقية لهذا الحق مثقل بالرهن ، ويجوز للدائن المرهن أن يحجز على حق الانتفاع محدوداً على هذا النحو ، لا على حق الملكية ، ويتقاضى حقه من ثمن حق الانتفاع بعد بيعه في المزاد (١) .

§ ٢ - صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة

٥١٥ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٩ مدني على ما يأتي :

- ١ - المتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل مايفرض على العين المتفع بها من لتكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة .
- ٢ - أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فإن كان المتفع هو الذي قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٩ .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٦٤ من المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية في الفقرة الأولى ، نصار النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٠ - ص ٥٤٢) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٤٩ : ١ - تكون على حائق المتفع الضرائب العقارية المختلفة ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار .
٢ - أما التصليحات الكبيرة أى التي تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية ، فإنها تترتب على مالك الرقة .

م ٩٥٠ : ١ - إن مالك الرقة والمتفع غير ملزمين باعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه ، أو قضاءً وقدرًا . ٢ - إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة ، وكان العقار المهديم كله أو بعضه مؤسناً ، فيجوز بناء على طلب مالك الرقة أو المتفع ، استعمال التمويض المدفوع لتجديده .

ويخلص من هذا النص أن المنتفع ملتزم بصيانة الشيء المنتفع به (١) ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة ، وبكل التكاليف المعتادة الأخرى . أما التكاليف غير المعتادة ، كتكاليف الإصلاحات الجسيمة ، فهي على مالك الرقبة على أن يحمل المنتفع فوائد هذه التكاليف طول مدة الانتفاع . فنتعرض الآن كلا من التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة .

٥١٦ - التكاليف المعتادة : لما كان المنتفع ملتزماً بصيانة الشيء المنتفع به كما قدمنا ، فإن تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع بأكملها ، لأنها من التكاليف المعتادة (٢) . ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع ، تكاليف إدارة الشيء المنتفع به ، إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار . ويعتبر أيضاً من التكاليف المعتادة ، فيتحملها المنتفع وحده ، الضرائب والرسوم المفروضة على الشيء المنتفع به ، من أموال على الأراضي الزراعية وعوائد على المباني ورسوم بلدية وضريبة دفاع وضريبة خفر وضريبة إضافية وغير ذلك من أنواع الضرائب الأخرى .

ولكن يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة على أن تكون هذه التكاليف المعتادة كلها أو بعضها على الأخير ، وهذا لا يمنع ، فيما يتعلق بالضرائب

بناء المقار أو ترميمه . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ - ٤٦ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٩ - ٩٥٠

مدني سوري وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) ويعتبر من أعمال الصيانة ، ويعتبر في الوقت ذاته من أعمال الحفظ ، أن يجدد المنتفع قيد الرهن ، وأن يقطع التقادم إذا كان حق يشمل الانتفاع مهدداً بالسقوط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ ص ٨١٥) .

(٢) ويلتزم المنتفع بأعمال الصيانة *réparations d'entretien* نتيجة لالتزامه بأن ينتفع بالشيء كما ينتفع المالك بملكه . هذا إلى أن أعمال الصيانة من التكاليف التي يقتضيها الحصول على الثمار وتدفع عادة من الربح ، في حين أن الإصلاحات الجسيمة تدفع عادة من رأس المال فتكون على المالك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٤ ص ٨١٧) . وانظر في تحديد أعمال الصيانة وأعمال الإصلاحات الجسيمة المادة ٦٠٦ مدني فرنسي .

الرسوم ، أن يلتزم المنتفع بدفعها لجهة الإدارة على أن يستردها من مالك لرقبة (١) .

٥١٧ - التكاليف غير المعتادة : وهذه كما قدمنا على المالك ، على أن يتحمل المنتفع فوائدها طول مدة الانتفاع . ومن التكاليف غير المعتادة تكاليف لإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، أما إذا نشأت عن خطأ لمنتفع فهو الذي يتحملها وحده . فإذا احتاجت الدار المنتفع بها مثلاً إلى إصلاحات جسيمة لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، لم يلتزم أحد ، لا المنتفع ولا مالك الرقبة ، بالقيام بهذه الإصلاحات كما سرى (٢) . ولكن يجوز لمالك الرقبة ، للمحافظة على ملكه ، أن يقوم بها . وفي هذه الحالة تكون التكاليف عليه ، وعلى المنتفع أن يدفع فوائدها بالسعر القانوني لمالك الرقبة طول مدة الانتفاع . ويصح ، عند امتناع مالك الرقبة عن القيام بها ، أن يقوم بها المنتفع للمحافظة على حق انتفاعه . وفي هذه الحالة يدفع تكاليف هذه الإصلاحات ، على أن يستردها من مالك الرقبة عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون هنا أيضاً قد تحمل فوائدها طول مدة الانتفاع (٣) .

ويعتبر من التكاليف غير المعتادة مصروفات دعوى تعيين الحدود ، فهذه لترم بها مالك الرقبة ، ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، وإذا قدم المنتفع هذه المصروفات فله الحق في استردادها من المالك عند نهاية حق الانتفاع . وكذلك يعتبر من التكاليف غير المعتادة المبالغ الباقى دفعها من القيمة الاسمية للأسهم التي لم يتم الوفاء بكل قيمتها الاسمية (actions non libérées) ، فهذه على مالك الرقبة ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، فان قدمها المنتفع محافظة على الأسهم من السقوط فانه يستردها مادفعه من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٤) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٤٠ .

(٢) أنظر ما يل ققرة ٥٣٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤١ .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٤١ .

وإذا كان العقار المتفع به مثقلا برهن رسمي ، فإن الدين المضمون بالرهن يلتزم بدفعه مالك الرقبة المدين بهذا الدين . فإن لم يدفعه ، ورجع الدائن المرهن بدعوى الرهن على المتفع باعتباره حائرا للعقار فيدفع هذا ما على العقار من الدين ، فإنه يرجع بما دفع فورا على مالك الرقبة ، ولا يجبر على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يسترده (١) .

§ ٣ - حفظ الشيء والمسئولية عن هلكه

٥١٨ - مصرى قانونية : تنص المادة ٩٩٠ مدنى على ما يأتى :

١ - على المتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد .

٢ - وهو مسئول على هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي ، إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع .

وتنص المادة ٩٩١ مدنى على ما يأتى :

« إذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى المتفع أن يبادر باخطار المالك . وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه » (٢) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٤٢ - وإذا كان المتفع موصى له بحق الانتفاع بجزء من التركة ، فإنه يتحمل من فوائد ديون التركة ما يتناسب مع هذا الجزء الموصى به . فإن دفع الورثة ديون التركة ، فإنهم يرجعون على المتفع بفوائد جزء من هذه الديون يتناسب مع الجزء الموصى به . وإن دفع المتفع الجزء من الديون الذى يتناسب مع الجزء الموصى به له ، فإنه يرجع على الورثة بما دفع عند نهاية حق الانتفاع . فإذا لم تدفع الورثة الديون ، ولم يتقدم المتفع بدفعها ، يبيع من أعيان التركة ما يبقى بالديون ، ويكون فى ذلك انتقاص من الجزء من التركة الموصى بحق انتفاعه يتحمله المتفع (انظر المادة ٦١٢ مدنى فرنسى ، والمواد ٩٥١ - ٩٥٣ من التقنين المدنى السورى ، والمواد ٤٧ - ٤٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني) . وانظر فيما يتحمل مصروفات الدعاوى التى تتعلق بحق الانتفاع وبالرقبة المادة ٦١٣ مدنى فرنسى .

(٢) تاريخ النصوص : ٩٩٠ م : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٥ من المشروع التمهيدى

على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يشتمل فى آخر الفقرة الثانية على عبارة « حتى لو لم يطلب المالك الرد » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٥ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة « ولو لم يطلب

وتقابل النصوص المادة ٤٣/٢٤ من التقنين المدني السابق (١) .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٠١/٩٤٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٤-٩٩٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٤٤ (٢) .
ونتكلم فيما يأتي : (١) مدى مسئولية المتفع عن حفظ الشيء . (٢) أمثلة عن أعمال الحفظ التي يجب على المتفع القيام بها . (٣) القيود الواردة على مسئولية المتفع عن حفظ الشيء .

المالك الردء من آخر الفقرة الثانية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٢ - ص ٥٤٤) .
م ٩٩١ : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
«إذا هلك الشيء أو تلف، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك القيام به، أو اتخاذ إجراء يقيه من الخطر لم يكن منظوراً ، فعل المتفع أن يبادر بإخطار المالك ، وعليه إخطار المالك أيضاً إذا اغتصب أجنبي حقاً على الشيء . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٦ في المشروع النهائي، بعد استبدال عبارة «مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته» بعبارة «مما يجب على المالك القيام به» ، واستبدال عبارة «إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه» بعبارة «وإذا اغتصب أجنبي حقاً على الشيء» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٤ - ص ٥٤٦) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣/٢٤ : لا يسأل المتفع عن ضياع أو تلف الشيء متى كان حاصلًا دون تقصير منه .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠١/٩٤٨ : ١- على المتفع أن يستل المقارات كالك معتن مجتهد . وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التي يقدم عليها النير على المقارات ، وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بما لكها . ٢- وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً ، وأن يسد أخطاء التأمين المترتبة عليه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٥/٩٩٤ - (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٤ : على المتفع أن يستل الشيء بحسب ما أحده ، وأن يذل من العناية في حفظه ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاكه ولو بغير قصد ، إذا كان قد تأخر في رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع (وهذا النص يكاد يطابق المادتين ٩٩٠ و ١/٩٨٨ مدني مصري) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ١/٤٤ (تكاد تطابق المادة ٢٠١/٩٤٨ مدني سوري) وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

٥١٩ - مدى مسؤولية المتنفع عن حفظ الشيء : تقول الفقرة الأولى من المادة ٩٩٠ مدني ، كما رأينا (١) ، أنه « على المتنفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد » . فهناك إذن التزام على المتنفع ، هو أن يقوم بالمحافظة على الشيء . وهو التزام يبذل عناية لا بتحقيق غاية ، فيطلب من المتنفع في القيام بهذا الالتزام أن يبذل عناية الشخص المعتاد ، وذلك سواء حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا . فالخطأ الذي يسأل عنه المتنفع في حفظ الشيء هو أن ينحرف ، في المحافظة عليه ، عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

والخطأ هنا لا يفترض في جانب المتنفع ، بل على مالك الرقبة ، إذا أصاب الشيء تلف ، أن يثبت أن هذا التلف قد وقع بخطأ المتنفع ، أي بانحرافه في المحافظة على الشيء عن سلوك الرجل المعتاد . فإذا لم يستطع مالك الرقبة إثبات ذلك ، فلا مسؤولية على المتنفع . أما إذا أثبت مالك الرقبة خطأ المتنفع على هذا النحو ، فإن مسؤولية المتنفع عن التعويض تسري عليها أحكام القواعد العامة . فيكون المتنفع مسئولاً عن تعويض مالك الرقبة عن جميع الأضرار التي لحقت بهذا الأخير من جراء تلف الشيء أو هلاكه .

ويعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، ومن ثم يعتبر خطأ يكون المتنفع مسئولاً عنه ، أن يتأخر المتنفع في رد الشيء للمالك بعد انتهاء مدة الانتفاع فهلك الشيء في يده ولو كان الهلاك بسبب أجنبي (م ٢/٩٩٠ مدني) . والخطأ الذي يعتديه هنا هو تأخر المتنفع عن رد الشيء إلى المالك ، وقد اقترن الهلاك بهذا الخطأ فيكون المتنفع مسئولاً عن تعويض المالك عن الضرر الذي لحق به من جراء هلاك الشيء . وغنى عن البيان أنه يخلص مما تقدم أن المتنفع يلتزم برد الشيء إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥١٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « على المتنفع أيضاً أن يحافظ على الشيء ، ويبذل من العناية في ذلك ما يبذله الشخص المعتاد . فإن انتهى حق الانتفاع ، وجب عليه الرد . فإذا تأخر الرد وهلك الشيء ، ولو بسبب أجنبي ، كان مسئولاً عن الهلاك ، حتى لو كان المالك لم يطالب بالرد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٣) . وانظر كاربونيه ص ١١٠ .

٥٢٠ - أمثلة من أعمال الحفظ التي يجب على المتفع القيام بها : ومن أمثلة أعمال الحفظ التي يجب على المتفع القيام بها أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بكل ما يتعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه ، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية. فإذا انتزع أجنبي الحيازة من المتفع ، أو تعرض الأجنبي له في حيازته مستمسكا بحق يدعيه على الشيء نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق ، أو تعرض الشيء لخطر لم يكن منظورا كأن سطت عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة ولو استيلاء مؤقتا أو خربته غارة جوية ، أو هلك الشيء أو تلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المتفع كأن كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبي أو إلى القدم (*vetusté*) ، أو احتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، وجب على المتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع (م ٩٩١ مدني) . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح أنه يكون بكتاب أو شفويا ، ولكن يجب على المتفع أن يثبت أنه قام بالإخطار اللازم . فإذا لم يثبت ذلك ، كان مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب مالك الرقبة من علم المبادرة إلى الإخطار .

ومن أمثلة أعمال الحفظ أيضا ألا ينهك المتفع بأرض زراعية الأرض بزراعة تدر عليه ربحا كبيرا ، غير مبال بما يصيب الأرض من ضرر يلحق مالك الرقبة في سبيل الحصول على هذا الربح الكبير لنفسه . وكذلك لا يجوز له ، وهو يسكن الدار التي ينتفع بها ، أن يتلف الأبواب والنوافذ ، أو أن يلحق بالدار ضررا غير مألوف ، أو ألا يقوم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها مما يحتاج إلى عناية في حفظه .

وإذا كان المالك قد أمن على الشيء ، فانه يعتبر من أعمال الحفظ أن يحدد المتفع هذا التأمين ، وأن يدفع أقساط التأمين طول مدة انتفاعه (١) .

(١) أنظر م ٢/٩٤٨ مدني سوري وم ١/٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني . وانظر كذلك المادة ١٠٤٥ مدني الماني . أما في فرنسا فيبدو أن المتفع لا يلتزم بتجديد عقد التأمين (بلائيول وريير ويكار ٣ ققرة ٨٢٢ - مازو ققرة ١٦٨١) .

٥٢١ - القيود الواردة على مسؤولية المتفع عن حفظ الشيء : ويرد على مسؤولية المتفع عن حفظ الشيء قيدان :

(القيد الأول) لا يكون المتفع مسئولاً عن إعادة البناء الذي تهدم بسبب فجائي أو بسبب القدم (م ٦٠٧ مدني فرنسي) . فإما التهدم لا يرجع إلى خطأ في جانبه كإهماله في القيام بأعمال الصيانة ، فهو غير مسئول عنه ، ولا يلزم بإعادة البناء . وكذلك الإصلاحات الجسيمة فقد قدمنا أنه غير مسئول عنها ، إلا إذا كانت راجعة إلى خطأه . وإذا كان المتفع غير ملزم بإعادة البناء ولا بالإصلاحات الجسيمة في الأحوال التي قدمناها ، فإن مالك الرقبة غير ملزم هو أيضاً بذلك . وإذا هو أعاد البناء أو قام بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له يرجع بفوائد التكاليف التي أنفقها على المتفع طول مدة الانتفاع ، وإذا قام المتفع نفسه بإعادة البناء أو بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له أن يسترد التكاليف من مالك الرقبة عند انتهاء حق الانتفاع (١) .

(القيد الثاني) يستطيع المتفع أن يتخلص من الزامه بحفظ الشيء وبالقيام بأعمال الصيانة الواجبة ، وذلك بالتخلي (abandon) عن حقه في الانتفاع . فإن هذا الالتزام الترام عيني كما قدمنا ، فإذا تخلى عن العين تخلص من الالتزام الذي كانت العين سبباً فيه . على أنه لا يتخلص من الالتزام إلا من وقت التخلي ، أما ما وجب عليه من أعمال الصيانة قبل ذلك فيلتزم بالقيام به من وقت التخلي ، حتى لو رد الثمار التي قبضها من العين منذ بداية الانتفاع . فقد ترتب الالتزام نهائياً في ذمته قبل التخلي ، وليس للتخلي أثر رجعي (٢) .

§ ٤ - جرد المنقول وتغريم كفالة به

٥٢٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٩٢ مدني على ما يأتي :

١ - إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب جرده :

(١) انظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريبير ويكاز ٢ فقرة ٧٢٧ ص ٨٢٠ - وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ وهاش ٢٢ .

ولزم المتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المتفع على أرباحها .

٢ - وللمتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بالما عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج المواشي ، بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء ، (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المواد ٢١-٢٣/٤٠-٤٢ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٩ - ٩٤٢ - وفي التقنين المدني الليبي ٩٩٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٥ - ٣٨ (٣) .

٥٢٣ - الاقتصار في هذا الالتزام على النقول دون العقار : في ترتيب التزام في ذمة المتفع بالجرد (inventaire) وتقديم كفالة caution يقتصر التقنين المدني المصري ، كما نرى من النص سالف الذكر ، على المنقول دون العقار . أما العقار فلا يلتزم المتفع في شأنه بأن يحضر بياناً (état) عنه ، ولا أن يقدم كفالة به . وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فانه يوجب الجرد في المنقول وتحرير البيان في العقار ، ويوجب في الحالتين على المتفع تقديم كفالة . وقد سار التقنين المدني المصري الجديد في ذلك على سنة التقنين المدني المصري السابق ، فقد كان هذا التقنين أيضاً لا يوجب الجرد ولا الكفالة إلا في المنقول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٦ - ص ٥٤٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٠/٢١ : إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب حصره بالجرد ، ولزم المتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووضع ثمنه في أوراق أميرية ، وأعطيت أرباحها إليه .

م ٤١/٢٢ : يجوز للمتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تنعدم بالاستعمال ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع .

م ٤٢/٢٣ : الزيادة التي تحصل من نتاج المواشي تكون للمتفع بها ، وإنما بعد أن يستعرض من النتاج ما نفق من الأصل بأفة سارية .

(وهذه النصوص جميعاً تتفق مع نص التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويبرر الخطة التي سار عليها التقنين المدني المصري ، السابق والجديد ، أن العقار لا يخشى عليه ، وقل أن يحدث في ذاتيته أو في قيمته خلاف . وإذا أراد مالك الرقبة أن يحتاط فيما يتعلق بحالة العقار ، فله أن يحرق يلقاً بحالته ، ولكن هذا لا يكون التراماً في ذمة المستفع . والأمر مختلف بالنسبة إلى المنقول ، فهو عرضة للضياع ، وقد لا يتيسر اثبت من ذاتيته أو من قيمته ، فأوجب المشرع على المستفع أن يجري جرده في محضر حتى تتبين ذاتيته ، مع تقويمه حتى تتحدد قيمته . ثم لما كان من اليسر تبديد المنقول أو ضياعه ، فقد أوجب المشرع المصري أيضاً على المستفع أن يقدم كفالة به ، حتى يضمن بذلك حق مالك الرقبة في استرداده أو استرداد قيمته عند نهاية حق الانتفاع .

٥٢٤ - تحرير محضر جرد بالمنقول : ولم يوجب القانون شكلاً خاصاً لمحضر الجرد ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي يوجب أن يحرق

- التقنين المدني السوري م ٩٣٩ : ١ - يجب على المستفع قبل مباشرة الانتفاع : (١) أن ينظم كشفاً بالمقاربات (ب) أن يقدم كفلاً قديراً على الدفع . ٢ - على أنه يجوز إعفاؤه من هذين الالتزامين بنص السند الذي ينشأ بموجبه حق الانتفاع .

م ٩٤٠ : ١ - يجب تنظيم الكشف بالمقاربات بحضور المالك أو بعد أن يدعى إلى ذلك بطريقة قانونية ، ويجب تحريره على الشكل المتبع لدى الكاتب العدل ، على نفقة المستفع . ٢ - على أنه يجوز للمستفع أن يتفق ومالك الرقبة ، بشرط أن يكون الطرفان حائزين على أهلية التعاقد ، على وضع الكشف بالتراضي وبدون نفقة .

م ٩٤١ : إذا قدمت الكفالة متأخرة ، فالثمار التي يكون قد تناولها مالك المقار أثناء هذا التأخير ترد للمستفع . ٢ - ويجوز أن يستعاض عن الكفالة برهن أو تأمين على أموال تعتبر كافية .

م ٩٤٢ : إذا لم يقدم المستفع الكفالة ولا ضمانة أخرى ، فتؤجر المقاربات الجارية عليها حق الانتفاع أو تسلم إلى حارس قضائي ، وتؤخذ أجرة الحارس من ثمار المقار . (وهذه النصوص ، كنصوص قانون الملكية العقارية اللبناني ، التي هي مصدرها ، لا تتكلم إلا عن حق الانتفاع بالمقار) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٢٥٦ (توافق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٢ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٥ - ٣٨ (توافق المواد ٩٣٩ - ٩٣٨ مدني سوري

سابقة الذكر ، وهذه المواد الأخيرة مأخوذة منها) .

محضر الجرد في ورقة رسمية ما لم يعف المنتفع من هذه الرسمية أو يعف من تحرير محضر الجرد أصلاً . ففي مصر إذن يجوز تحرير محضر الجرد في ورقة عرفية ، ويوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبة ، ويكون هو الدليل الكتابي على ما تسلمه المنتفع من المنقولات وحالة هذه المنقولات وقيمتها . ويجوز إعفاء المنتفع من تحرير محضر الجرد في سند حق الانتفاع ، أى في العقد أو الوصية التي أنشأت هذا الحق . ولا يعد سكوت مالك الرقبة عن تحرير محضر الجرد بعد تسليم المنتفع للمنقولات إعفاء للمنتفع من تحرير هذا المحضر ، بل يصح أن يطالب مالك الرقبة المنتفع بعد أن يكون هذا قد سلم المنقولات بتحرير المحضر .

وعدم قيام المنتفع بالتزامه من تحرير محضر الجرد لا يترتب عليه أن يفقد حق انتفاعه ، بل كل ما يترتب عليه أنه لا يستطيع تسليم المنقولات من مالك الرقبة قبل تحرير هذا المحضر . وللمنتفع بعد تحرير محضر الجرد أن يتسلم المنقولات وأن يتسلم ثمارها من بداية حق الانتفاع ، فان حقه لم يسقط في تقاضى هذه الثمار (١) .

٥٢٥ - **تقديم الكفالة بالنقل :** ولا يكفي تحرير محضر جرد للمنقول ، بل يجب على المنتفع أن يقدم في الوقت ذاته لمالك الرقبة كفالة بهذا المنقول . فاذا أضرع المنتفع المنقول أو بدده أو أتلفه أو ألحق به أى ضرر ، كان الكفيل ضامناً للتعويض الذى يلتزم المنتفع بدفعه لمالك الرقبة . ويجب أن يكون الكفيل مقتدرًا ومقيمًا في مصر ، ويقوم مقام الكفالة أن يقدم المنتفع رهناً رسمياً أو رهن حيازة (٢) . وإذا كانت السندات المنتفع بها سندات لحاملها ، فان تحويلها إلى سندات اسمية ، تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة إلى الرقبة وباسم المنتفع بالنسبة إلى حق الانتفاع ، يكون ضماناً كافياً ، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة (٣) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٢٢ .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ مدنى على أنه : إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر . وله أن يقدم ، عوضاً عن الكفيل ، تأميناً عينياً كافياً .

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٢٦ .

وعدم قيام المستفع بتقديم كفالة على النحو المتقدم الذكر لا يحرمه من حق الانتفاع ، ولكن يمنعه من تسليم المتقولات قبل تقديم الكفالة ، فاذا ما قدمها فانه يتسلم المتقولات كما يتسلم ثمارها من وقت بداية حق الانتفاع ، على النحو الذى قدمناه فى تحرير المحضر . وإذا سلم مالك الرقبة المتقولات قبل أن يقدم المستفع الكفالة ، فان هذا لا يعنى المستفع من تقديم الكفالة فيما بعد ، إلا إذا استخلص من تسليم المتقولات على هذا النحو نزول ضمنى من مالك الرقبة عن الكفالة (١) .

ومجوز إعفاء المستفع من تقديم الكفالة ، إعفاء صريحاً أو ضمناً . فيرد الإعفاء صراحة فى السند الذى ينشئ حق الانتفاع من عقد أو وصية ، كما يستخلص ضمناً من أن المالك باع العين أو رهنها واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فان سكوت المشتري أو الموهوب له عن اشتراط تقديم الكفالة يستفاد منه أن مالك الرقبة قد نزل عن حقه فى طلب الكفالة (م ٦٠١ مدنى فرنسى) .

وإذا لم يقدم المستفع الكفالة ولم يعف، من تقديمها ، فانه يجوز لمالك الرقبة أن يطلب بيع المتقولات بالطريقة التى تقرها المحكمة ، وتوظيف ثمنها فى سندات عامة ، أى سندات على الدولة كسندات الدين الموحد أو سندات قرض الانتاج ، لأن هذه السندات توفر لكل من مالك الرقبة والمستفع قدراً كبيراً من الضمان . ويكون للمستفع فى هذه الحالة أرباح هذه السندات طول مدة الانتفاع ، ولا يدخل فى الأرباح ما عسى أن أن يكسب السند من جائزة ، بل الجائزة تكون لمالك الرقبة ، فاذا انتهى حق الانتفاع ، ردت السندات لمالك الرقبة ، وأصبحت ملكيته لها كاملة وله أن يتصرف فيها كما يشاء .

٥٢٦- الانتفاع بالأشياء القابلة للمستهلاك والاقتناع بقطع من المراسى

إحالة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدنى ، كما رأينا (٢) ، إن للمستفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٩ من ٦٤٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٢٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢٢ .

أن يرد بلها عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج المواشى بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء . وهذا النص يشير ، فيما يتعلق بالأشياء القابلة للاستهلاك ، إلى شبه حق الانتفاع . وقد سبق الكلام ذلك ، كما يشير فيما يتعلق بالمواشى إلى الانتفاع بقطع من المواشى وقد سبق أيضا الكلام فيه ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

المبحث الثاني

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة

٥٢٧ - من التصرف في الرقبة : للمالك الرقبة أن يتصرف تصرف

المالك في الرقبة ، بحيث لا يكون في هذا التصرف ضرر يلحق انتفاع المتفع بالعين . فله أن يبيع الرقبة أو يقايض عليها أو يقدمها حصة في شركة أو يقدمها مقابلاً لوفاء دين في ذمته أو يهبها أو يوصي بها . وينتقل إلى مالك الرقبة الجديد ، على هذا النحو ، جميع حقوق المالك السابق ، وبوجه خاص يصبح مالكا للعين ملكية كاملة بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) .

ولمالك الرقبة في العقار أن يرهنها رهناً رسمياً ، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص . وقد يترتب على الرقبة في العقار والمنقول حق امتياز كما إذا باع مالك العقار أو المنقول حق الرقبة واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فيكون له حق امتياز على الرقبة لاستيفاء الثمن . فإذا ترتب حق من هذه الحقوق على الرقبة ، جاز للدائن أن يبيعها استيفاء لحقه ، فيكون للراشي عليه المزايا نفس حقوق مالك الرقبة الأصلي ، وعلى ذلك يصبح مالكا للعين ملكية كاملة عند انتهاء حق الانتفاع (٣) .

(١) أنظر آتياً فقرة ٤٧٧ وفترة ٤٩٥ .

(٢) أنظر م ٩٥٨ من التقنين المدني السوري وم ٥٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) وفي التنفيذ على الرقبة لا يدخل المتفع طرفاً في الإجراءات ، لأن حقه لا يتأثر ولا يضار بهذا التنفيذ (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥١) . ولا يجوز للمتفع التدخل في تغطية تضمن رقبة العين المتفع بها ، لأن المتفع حقه عين لا يتأثر بالتفلية ولا يضار بها (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٤) .

وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين ، لم ينفذ هذا البيع في حق المتفع إلا برضاه . وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه ، أو أن يبقى الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمتفع فوائد . إلى نهاية حق الانتفاع ، أو على أمر آخر يرتضيهان معاً (قارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٨) .

ولمالك رقة العقار أيضاً أن يرتب حق ارتفاق على العقار ، فاذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المتفع ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (١) .

٥٢٨ - الحق في الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً :
وإذا كان من المسلم به أن تكون ثمار العين للمتفع ، فإن ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً يكون لمالك الرقة . فاذا كان الشيء المتفع به سندا أو سهماً وبيع جائزة : فالجائزة لا تعتبر ثماراً وتكون لمالك الرقة ويكون للمتفع فوائد الجائزة (٢) . وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، فيكون لمالك الرقة وتكون فوائده للمتفع . وإذا أصدرت الشركة أسهماً جديدة لزيادة رأس المال ، وأضافت علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الاحتياطيات ، فهذه العلاوة لا تعتبر ربحاً بل هي جزء من رأس المال . فاذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق مالك الرقة وللمتفع الفوائد (٣) .

٥٢٩ - من مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقة: ولمالك الرقة أن يباشر الدعاوى التي تتعلق بالرقة . فله أن يرفع دعوى الاستحقاق ، ودعاوى الحيازة ، ودعوى الإقرار بحق ارتفاق أو إنكاره ، ودعوى القسمة ، ودعوى تعيين الحدود (٤) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٨ .

(٣) أنظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٤٩٨ - وإذا كان ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً هو حق مالك الرقة على النحو الذي قدمناه ، فأولى أن يكون من حق مالك الرقة ما لم تنتجه العين ولا يعتبر جزءاً منها . فالكثر الذي يضر عليه في العقار المتفع به يكون من حق مالك الرقة دون المتفع ، بل إن المتفع لا يحق له الحصول على الفوائد في هذه الحالة لأن الكثر ما، مستقل عن المقار وليس ناتجاً منه ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٦) .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٣ ص ٦٨٧ - بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠ ص ٨٠٣١ - وإذا كانت هناك دعوى تتعلق بالرقة وحق -

٤ ٢ - عمدة مالك الرقبة بالمتنفع

٥٣٠ - وجود التزامات شخصية في ذمة المتنفع نحو مالك الرقبة :

رأينا أن هناك التزامات شخصية ترتب في ذمة المتنفع نحو مالك الرقبة ، وهي التزامات نشأت بحكم القانون من واقعة مادية ، هي وجود العين تحت يد المتنفع (١) فهذه الالتزامات تجعل الحق لمالك الرقبة في أن يطالب المتنفع بتنفيذها بمجرد أن يخل بها هذا الأخير ، ولا يجبر مالك الرقبة على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يطالب بتنفيذها . بل إن لمالك الرقبة أن يطلب الحكم بإسقاط حق الانتفاع قبل نهايته ، إذا أساء المتنفع استعمال الشيء أو استثماره إلى درجة تعرض الرقبة للخطر (م ٢/٩٨٨ مدني) (٢) . وعلى المتنفع بوجه خاص أن يرد العين للمالك عند نهاية حق الانتفاع .

٥٣١ - لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المتنفع :

ولما كان المتنفع له حق عيني على العين هو حق الانتفاع ، فإن له بموجب هذا الحق العيني سلطة مباشرة على العين لا يحتاج في استعمالها إلى تدخل مالك الرقبة ، كما يحتاج المستأجر الذي ليس له إلا حق شخصي لتدخل المؤجر لتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة . وعلى ذلك لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المتنفع ، والمتنفع وشأنه ينتفع بالعين مباشرة طبقاً لما حوله له القانون من حقوق دون حاجة إلى معاونة مالك الرقبة في ذلك . وقد يرتب المالك على العين حق انتفاع معاوضة ، ويلتزم في العقد بضمان التعرض والاستحقاق ، ولكن الالتزام الذي ترتب هنا في ذمة مالك الرقبة إنما ترتب بموجب العقد لا بموجب حق الانتفاع (٣) .

الانتفاع مآ ، ودخل المتنفع وحده فيها حصصاً ، كان على الخصم الآخر أن يدخل مالك الرقبة حصصاً في الدعوى حتى يكون الحكم سارياً في حقه . أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالرقبة وحدها دون حق الانتفاع ، كما إذا تنازع على الرقبة شخصان يملكان مآ بأن حق الانتفاع لشخص ثالث ، فلا محل في هذه الحالة - لإدخال المتنفع حصصاً في الدعوى (بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٨٥٠) - وتبقى مستندات ملكية الدين عند مالك الرقبة ، على شرط أن يمكن المتنفع من استعمالها في الاقتضاء وتقديمها في الدعوى (ديمولومب ققرة ٢١٨ مكررة - بودري وشومو ققرة ٤٣٤) .

(١) أنظر آنفاً ققرة ٥١١ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٥١٤ .

(٣) بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٨٥٤ ص ٨٣٤ هامش ٢ .

٥٣٢ - لا يجوز لمالك الرقبة أنه يتسبب في تعطيل أو في إنقاص

من المتنع: ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب في تعطيل أو في إنقاص حق المتنع. ولكن ذلك لا يرجع إلى وجود التزام شخصي بالضمان في ذمة مالك الرقبة نحو المتنع ، بل يرجع إلى أن للمتنع حقاً عينياً لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه ، شأن مالك الرقبة في عدم جواز التعدي على حق المتنع شأن أي شخص آخر (١) . وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ، دون موافقة المتنع ، أن يدخل تعديلاً في العين ، كأن يقيم أبنية جديدة أو يعلى البناء الموجود أو يهلم جزءاً منه (٢) ، أو أن يحول سنداً اسماً إلى سند لحامله (٣) ، أو يبيع العقار المتنع به ويبادر إلى تسجيل البيع قبل أن يسجل المتنع حق الانتفاع (٤) .

٥٣٣ - من مالك الرقبة استثناء في تعطيل أو إنقاص من المتنع

للمحافظة على العين : على أن مالك الرقبة ، إذا كان عليه في الأصل أن يمتنع عن تعطيل أو إنقاص حق المتنع شأنه في ذلك شأن أي شخص آخر ، ليس كأي شخص آخر أجنبياً عن العين ، بل هي ملكه ويعنيه أن يحافظ على سلامتها . فله أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة في العين ولو لم يوافق المتنع ، بل ولو حرم المتنع بذلك من الانتفاع بالعين المدة اللازمة للقيام بهذه الإصلاحات ، وذلك دون أن يكون مالك الرقبة مسئولاً عن تعويض المتنع عن هذه المدة . فالإصلاحات الجسيمة ، وإن لم يكن القيام بها التزاماً في ذمة مالك الرقبة ، إلا أن القيام بها من حقه حتى يحافظ على سلامة العين (٥) .

(١) بازو فقرة ١٦٦١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٦٨٥ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٢٤ .

(٣) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٢٥ .

(٤) والذي يقطع في أنه لا يوجد التزام شخصي في هذا الصدد في ذمة مالك الرقبة لأن هذا الأخير إذا كان له عقار مجاور للعقار المتنع به ، فإن له أن يستعمل حقه ملكيته كاملاً في هذا العقار ، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمتنع ، مادام أنه قد راعى التزامات الجوار فلم يلحق بالمتنع ضرراً غير مألوف (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٦٨٦ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٢٥) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

وإذا كان القيام بالإصلاحات الجسيمة من حق مالك الرقبة ، فأولى أن يكون من حقه إعادة بناء ما تهدم من العين بسبب فجائي أو بسبب القدم ، وقد سبق الكلام في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قلناه هناك (١) .

الفرع الثالث

انتهاء حق الانتفاع

البحث الأول

الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع

٥٣٤ - يراه هره أسباب : البيان المألوفان لانتهاء حق الانتفاع هما انقضاء الأجل وموت المستفع . ثم إن حق الانتفاع قد ينتهي بهلاك الشيء ، وبعلم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وهذان البيان قد ورد في شأنهما نص صريح ، يضاف إلى الأسباب الأربعة المتقدمة ثلاثة أسباب أخرى لم يرد في شأنها نص صريح ، هي تملك حق الانتفاع بالتقادم ، والتزول عنه ، وانحاد النمة . فهذه أسباب سبعة (٢) ، ستعرضها على التعاقب .

(١) أنظر آتفاًقرة ٥٢١ - وانظر في التأمين على العين المستفع بها ، سواء من جانب مالك الرقبة وحده أو من جانب المستفع أو كان من جانبيهما معاً ، ولمصلحة أي منهما أو لمصلحة الاثنين : بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٢ .

وهناك رأى في الفقه الفرنسي يدعو إلى إيجاد تضامن وتعاون أكبر بين مالك الرقبة والمستفع في خلال مدة الانتفاع ، فيجوز مثلاً للمستفع أن يلزم مالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة ، ويكون له الحق في تقاضي تعويض عن التحسينات والمنشآت التي يستحدثها في العين المستفع بها ، ويكون له تحت رقابة القضاء الحق في تعديل طرق الانتفاع بالعين المستفع بها وطرق استغلالها (كاربونييه ص ١١٥) .

(٢) وهناك أسباب أخرى ، تكن الإشارة إليها هنا . فقد ينتهي حق الانتفاع لسقوط بسوء الاستعمال ، وقد تقدم الكلام في ذلك (آتفاًقرة ٥١٤) . وقد ينتهي أيضاً بفسخ حق المالك الذي رتب الانتفاع ، كما لو كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ ويحقق الشرط ومن ثم تزول الملكية بأثر رجعي ويزول تبعاً لزوالها مارتبه المالك من حق الانتفاع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة . أما شبه حق الانتفاع ، وفيه تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك إلى المستفع ، فإنه لا ينتهي إلا بانقضاء الأجل وبموت المستفع (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٦١) .

٥٣٥ - انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وموت المنتفع نص

قانوني : تنص المادة ٩٩٣ مدني على ما يأتي :

١ - ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع . وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين .

٢ - وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزمن (١) .

ونخلص من هذا النص أن حق الانتفاع أما أن يحدد سند إنشائه (العقد أو الوصية) له أجلا ، أو ألا يحدد . ففي الحالة الأولى ، ينتهي حق الانتفاع بأحد أمرين : انقضاء الأجل المحدد (٢) ، أو موت المنتفع حتى قبل انقضاء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق : م ٣٣/١٦ : لا يعطى ذلك الحق إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهي على كل حال بوفاة إن لم يكن ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة . م ٤٦/٢٧ : ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له ، أو بترك المنتفع حقه فيه ، أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع ، أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٥١/٩٥٤ : ١ - يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله ، أو بموت المنتفع أو ب تلف الشيء المنتفع به تلفا كاملا ، ... ٢ - لا يكون لهذا السقوط أثر قانوني إلا بعد ترقيين القيد المدون في السجل العقاري . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٩٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٧ (مطابق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٣ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٥٠ (مطابق م ٢٥١/٩٥٤ سوري سالف الذكر ،

والمادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حق الانتفاع ينتهي بانقضاء الأجل وينتهي معه حق من تلقى حق الانتفاع والمنتفع ، وذلك دون حاجة إلى إغذار من الملك أو انفادار منه (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

الأجل المحدد . ونرى من ذلك أن حق الانتفاع لا يورث ، ما دام ينتهي
 حتماً بموت المنتفع . وفي الحالة الثانية ، إذا لم يحدد لحق الانتفاع أجل ، اعتبر
 هذا الحق مقررًا مدى حياة المنتفع ، وانتهى هنا أيضاً بموت المنتفع (١) .
 وإذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع ، وكان في
 الأرض زرع قائم ، فقد قدمنا أن الأرض تترك للمنتفع إذا كان انتهاء حق
 الانتفاع بسبب انقضاء الأجل ، أو تترك لورثته إذا كان انتهاء هذا الحق
 بموت المنتفع ، إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفع المنتفع أو ورثته للمالك
 الرقبة أجرة المثل للأرض من وقت انتهاء حق الانتفاع إلى وقت
 إدراك الزرع (٢) .

٥٣٦ - انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء نص قانوني : تنص المادة

٩٩٤ مدني على ما يأتي :

- ١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء . إلا أنه ينتقل من هذا الشيء
 إلى ما قد يقوم مقامه من عوض .
 ٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك . فلا يجبر على إعادة
 الشيء إلى أصله . ولكنه إذا أعاده . رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن
 الهلاك بسببه . وفي هذه الحالة تطبق المادة ٩٨٩ الفقرة الثانية ، (٣) .

(١) وقد قدمنا أنه إذا قرر حق الانتفاع لمصلحة شخص معنوي ، فإنه يدوم مادام هذا
 الشخص المعنوي قائماً ، ولا ينتهي إلا بانحلال الشخص المعنوي ، ما لم يكن قد حدد أجل لحق
 الانتفاع وانقضى الأجل قبل انحلال الشخص المعنوي (أنظر آنفاً فقرة ٤٨٤) .
 (٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٩ من المشروع التمهيدي على الوجه
 الآتي : ١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى العوض الذي
 قام مقامه . ٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشيء
 لأصله . ولكنه إذا أعاده ، رجع حق الانتفاع . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٩
 في المشروع النهائي ، بعد تعديله على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق
 عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٤ (مجموعة الأعمال
 التحضيرية ٦ ص ٥٥١ - ص ٥٥٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦/٢٧ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .
 ويقابل في القوانين المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٩٥٤ : ينتقل حق الانتفاع عند الانقضاء إلى التمييز المدفوع

ويخلص من هذا النص أنه إذا هلك الشيء المنتفع به هلاكاً كلياً ، انتهى حق الانتفاع لانعدام محله . والهلاك قد يكون مادياً كما إذا احترقت الدار أو انهدمت ، وقد يكون قانونياً كما إذا نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة .

فإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المنتفع ، ألزم بإعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض ، ويعود حق الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ مالك الرقبة ، أجبر على إعادة الشيء إلى أصله ، ويعود حق الانتفاع مع تعويض المنتفع عن المدة التي فاتته فيها الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ الغير ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض المترتب في ذمة الغير ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك . وكذلك الحكم فيما إذا كان الهلاك يرجع إلى نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة ، فينتقل حق الانتفاع إلى التعويض ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة . وإذا كان الهلاك قضاءً وقدرًا ، لم يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ، ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع للمنتفع ، ويلتزم هذا بأن يردى المالك فوائد ما أنفقه طول الباقى من مدة حق الانتفاع (م ٩٨٩ / ٢ مدني) .

وإذا كان الشيء مؤمناً عليه ، فإن كان التأمين لمصلحة المنتفع وحده كان له قبض مبلغ التأمين ، وكذلك إذا كان التأمين لمصلحة المالك وحده فإن لهذا أيضاً قبض مبلغ التأمين . أما إذا كان التأمين لمصلحة الاثنين معاً ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى مبلغ التأمين ، ويكون للمنتفع فوائده وللمالك رأس المال (١)

عن التأمين أو ثمن الاستهلاك لمفعنه عامة (وانظر م ١/٩٥٤ سوري آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .
م ٩٥٦ : ١ - إذا لم يكن حق الانتفاع جارياً إلا على بناية ، وحدث أن تلفت هذه البناية بحريق أو بحادث آخر ، أو أنها سقطت من القدم ، فلا يحق للمنتفع أن يستغل الأرض ولا مواد البناء . ٢ - ويكون الأمر بالعكس فيما إذا كان الانتفاع يشمل تمام العقار الذي تكون البناية جزءاً منه ، ما لم تطبق في الحالتين المذكورتين الفقرة الثانية من المادة ٩٥٠ .
(وهذه الأحكام تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٠ (توافق المادة ٩٥٤ مدني سوري بفقراتها الثلاث ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٥٢ (توافق المادة ٩٥٦ مدني سوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٥٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٥ ص ٨٤٣ .

٥٣٧ - انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال - نص قانوني :
تنص المادة ٩٩٥ مدني على ما يأتي :

« ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة » (١) .
وبخلاص من هذا النص أن حق الانتفاع ، ككل حق عيني آخر عدا حق الملكية ، يسقط بالتقادم المسقط ، أي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .
وينقطع التقادم باستعمال المتفع أو من ينوب عنه (كستأجر أو مشر) العين ولو مرة واحدة ، بل ولو انطوت هذه المرة على إساءة في الاستعمال . وكذلك يوقف التقادم كلما وجد سبب يتعذر معه على المتفع أن يستعمل العين ، كما لو كان المتفع قاصراً وليس له ولي أو وصي .
ومنى انتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال ، عاد الحق إلى مالك الرقبة .
وقد حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب (٢) .

٥٣٨ - انتهاء حق الانتفاع بملكه بالتقادم المكسب : وهنافترض
أن شخصاً وضع يده على حق الانتفاع ، فكسبه بالتقادم أو بالحيازة . وبهذا يفقد المتفع الأصلي حقه ، لا بعدم الاستعمال الذي يجب أن يدوم خمس عشرة سنة ، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بتقادم قد تكون مدته خمس عشرة سنة ، وقد تكون مدته خمس سنوات ، بل قد يكسب الغير حق الانتفاع بمجرد الحيازة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٣ - ص ٥٥٦) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠/٢٩ : ينتهي حق الانتفاع أيضاً بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦٠ (مطابق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٤ .

ويكسب الغير حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل . ومدته خمس عشرة سنة . إذا حازه شخص سيء النية ، في كل من العقار والمنقول . ويكسب بالتقادم المكسب القصير . إذا حازه شخص حسن النية وكان مترتباً على عقار . ويكسب بمجرد الحيازة ، إذا كان مترتباً على منقول وكان الحائز حسن النية (١) .

٥٣٩ - انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه : ويجوز للمتفع أن ينزل عن حقه في الانتفاع ، فيزول هذا الحق . وتعود إلى مالك الرقبة ملكية العين كاملة . ويقع النزول إما بإرادة منفردة تصدر من المتفع ، أو بتوافق إرادتي المتفع ومالك الرقبة .

فاذا وقع النزول بإرادة المتفع المنفردة . فليس هناك شكل خاص لهذه الإرادة ، بل يصح أن تكون إرادة ضمنية . ويبيع مالك الرقبة ملكية العين كاملة بموافقة المتفع وبدون تحفظ من هذا الأخير ، قد يدل تبعاً للظروف التي تحيط بالبيع على أن المتفع قد نزل نزولاً ضمنيّاً عن حق الانتفاع . ونزول المتفع عن حقه بإرادته المنفردة يسرى دون حاجة إلى قبول مالك الرقبة ، ولا يجوز للمتفع بعد أن يصدر منه النزول أن يعدل عنه .

وإذا وقع النزول باتفاق بين المتفع ومالك الرقبة ، فإن هذا الاتفاق قد يكون تبرعاً من جانب المتفع ، ولا يكون هذا هبة لحق الانتفاع بل نزولاً عنه لمالك الرقبة . فلا يشترط أن يكون الاتفاق في شكل الهبة ، وقد يكون الاتفاق معاوضة ، بأن يعطى مالك الرقبة للمتفع مقابلاً لنزوله عن حق الانتفاع . وسواء كان النزول تبرعاً أو معاوضة . فهو نزول عن حق الانتفاع ، وليس نقلاً لهذا الحق لمالك الرقبة . ذلك بأن مالك الرقبة ليس في حاجة إلى أن ينتقل له حق الانتفاع ، بل يكفي أن ينزل المتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة .

وإذا كان حق الانتفاع مترتباً على عقار . فإن النزول عنه لا يحتاج به على الغير ، كدائن مرتين لحق الانتفاع ، إلا بالتسجيل . فإذا كان الدائن

(١) ويصح أن يكون الذي يكسب حق الانتفاع بالتقادم هو مالك الرقبة نفسه إذا وضع يده على حق الانتفاع بنية تملكه ، كما يصح أن يضع الغير يده على العين كلها بنية تملكها فيكسب ملكيتها الكاملة ، ويضيق على كل من المتفع ومالك الرقبة حقه في العين (مازو فقرة ١٦٨٢) .

المرتبه لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل التزول : فان الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا التزول . ولدائى المتفع أن يطعنوا بالدعوى البولصبة فى نزول المتفع عن حقه ، إذا وقع هذا التزول غشا إضرار بحقوقهم (١) .

٥٤٠ - انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة : كان المشروع التمهيدى

للتنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٥٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المتفع والمالك ، غير أنه لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقائه » (٢) . ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ينتهى باتحاد انذمة (consolidation) . ويكون ذلك إما بأن تنتقل ملكية الرقة إلى المتفع فيجتمع فى هذا الأخير صفتا المتفع والمالك ، أو بأن ينتقل حق الانتفاع إلى مالك الرقة فيجتمع هنا أيضاً فى مالك الرقة صفتا المالك والمتفع . وفى الحالتين ينتهى حق الانتفاع ، وبانتهائه تثبت الملكية كاملة إما للمتفع إذا انتقلت إليه الرقة أو للمالك الرقة إذا انتقل إليه حق الانتفاع (٣) . وإذا انتقلت الرقة أو حق الانتفاع بسبب

(١) أنظر م ٩٥٩ مدنى سورى وم ٥٥ من قانون الملكية العقارية البناى - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٦ ص ٨٤٤ - ص ٨٤٥ .

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . وانظر المادة ١٢٥٩ مدنى عراقى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٥٠ من هذا المشروع : « ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة ، بأن يرث المالك المتفع أو يرث المتفع المالك ، أو يشتري المالك حق الانتفاع أو يشتري المتفع حق الرقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . ويلاحظ على هذا القول أنه لايتأتى أن يرث المالك المتفع ، لأن حق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المتفع ، فلا يورث عنه هذا الحق . وإنما تعود ملكية العين كاملة لصاحب الرقة بموت المتفع ، لا بسبب اتحاد الذمة ، بل لانتهاء حق الانتفاع (بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ ص ٤٧٨) .

والقول بأن اتحاد الذمة يتحقق بانتقال الرقة إلى المتفع أو بانتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقة هو القول المشهور (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٦٩٥ - ص ٦٩٦ وهامش ٢٦ - بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ - فقرة ٧٣٩) . وهناك رأى يذهب إلى أن اتحاد الذمة لايتحقق فى شخص مالك الرقة ، لأن هذا المالك إذا حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا ، اعتبر ذلك نزولا من المتفع عن حقه فيزول حق الانتفاع ، وترجع الملكية كاملة للمالك الرقة ، لا بموجب اتحاد الذمة ، بل بموجب زوال حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٠) . وهذا رأى الأخير هو الذى نختاره ، فقد قلنا أن انتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقة لا يعد انتقالا بل هو نزول عن حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٩) .

زال بأثر رجعى . كعقد أبطل أو فسخ . فان اتحاد الذمة يزول هو أيضاً بأثر رجعى ، ويعود حق الانتفاع إلى الظهور .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي . في تفسير ما جاء في آخر المادة ١٢٥٠ من المشروع من أن حق الانتهاء لا يعد منهيّاً إن كان للمالك مصلحة في بقاءه ، ما يأتي : ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلاً : وكان حق الانتفاع مرهوناً . فان الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة . أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع . إذا عاد إلى صاحب الرقبة ، أو إذا ملك المستفيع الرقبة المرهونة . تعدى الرهن إلى حق الانتفاع ، لأن الرقبة هي الأصل وحق الانتفاع تبعها فيشملها الرهن . وكذلك احتياط المشروع ، فنص على أن حق الانتفاع لا يعد منهيّاً إن كان للمالك مصلحة في بقاءه . وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة ، فيبقى حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة حتى لا يتعدى إليه الرهن (١) .

المبحث الثاني

ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع

٥٤١ - رد الشيء المتفيع به إلى المالك : يترتب على انتهاء حق الانتفاع ، في أكثر أسباب انتهاء هذا الحق ، أن تعود ملكية الشيء كاملة إلى المالك ، ويجب في هذه الحالة على المتفيع أو ورثته رد الشيء إليه . وقد يكون الرد عيناً ، ويغلب أن يكون ذلك في العقار كالدار والأرض ، أو في بعض المنقولات كالمتجر والأسهم والسندات . فاذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك ، فقد قدمنا أن الملكية تنتقل إلى المتفيع . ويرد إلى المالك مثله أو قيمته . وإذا هلك الشيء ، كأن احترقت الدار ، فعلى المتفيع أن يثبت أن الحريق لا يرجع إلى خطأ في جانبه ، وإلا كان مسئولاً عن التعويض (٢) .

٥٤٢ - المبالغ التي يستردها المتفيع من المالك عند نهاية حق الانتفاع : وقدمنا أن هناك مبالغ قد ينقها المتفيع على الشيء المتفيع به ، ويستردها من المالك عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون بذلك قد تحمل بفوائدها ما دام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢ في الحاشي .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٢ ققرة ٨٧١ - ققرة ٨٧٥ .

الانتفاع قائماً . من ذلك تكاليف الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المتفع ، ويقوم هذا الأخير بها : ويسترد لها بعد ذلك من المالك (١) ومن ذلك أيضاً نفقات إعادة البناء الذي تهدم بسبب فجائي أو بسبب القدم ، إذا قام المتفع بإعادة البناء فإنه يسترد هذه التكاليف من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٢) .

٥٤٣ - ما محمد المتفع من بناء أو غراس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « ليس للمتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضا المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » (٣) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب هذا الحذف (٤) وأمام حذف هذا النص ، لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة .

وهذه تقضى بوجوب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقة في البناء أو الغراس ، وتسرى في إثبات هذا الترخيص القواعد العامة في الإثبات . وفي هذا الفرض يعتبر المتفع قد بنى أو غرس بحسن نية ، فتسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني . ومن ثم يملك صاحب الرقة البناء أو الغراس بالالتصاق ، وعليه أن يدفع للمتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس . وللمتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها ، ولكن ليس لمالك الرقة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس . (الفرض الثاني) أن يكون المتفع قد بنى أو غرس دون الحصول على ترخيص من مالك الرقة . وهنا يعتبر سوء النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدني . فيجوز للمالك أن يطلب

(١) أنظر آتفاً صفة ٥١٧ .

(٢) أنظر آتفاً صفة ٥٢١ .

(٣) ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٥/٢٦ : لا يجوز للمتفع أن يبنى بناء أو يغرس غراساً بدون رضا المالك ، وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو باقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ في الهامش .

إزالة البناء أو الغراس ، وإلا تملكه بالالتصاق على أن يدفع أدنى القيمتين ،
قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب
البناء أو الغراس (١) .

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

(Usage et Habitation)

٥٤٤- **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٩٦ مدني على ما يأتي :
« نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب
الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ
للحق من أحكام » .

وتنص المادة ٩٩٧ على ما يأتي :
« لا يجوز التزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على
شرط صريح أو مبرر قري » (٢) .

(١) أنظر ما قدمناه آنفاً عند الكلام في الالتصاق فقرة ١٠٦- وانظر في القضاء الفرنسي والفقه
الفرنسي في هذه المسألة : أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٠ هامش ٢٢ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ -
بودري وشوفو فقرة ٥٦٩ - فقرة ٥٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ .
(٢) تاريخ النصوص :

م ٩٩٦ : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع
ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لغوية . ووافقت عليه لجنة
المراجعة تحت رقم ١٠٧١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لغوية جعلت النص
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٨ ،
فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .
م ٩٩٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٢ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٧ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) .

م ٩٩٨ : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٣ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٨ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٨ - ص ٥٥٩) .

وتنص المادة ٩٩٨ على ما يأتي :

« فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين » .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣/١٤ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي ، ١٠٠٠ - ١٠٠٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ - ١٢٦٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

٥٤٥ - التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى : حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره ، ويحول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته . فهو إذن فرع عن حق الانتفاع ، إذ أن حق الانتفاع يحول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال ، أما هذا الحق

(١) التقنين المدني السابق م ٣٠/١٤ : ويجوز أن يكون الحق المذكور (حق الانتفاع) أقل مما ذكر على حسب شرط الاتفاق أو شرط التبرع الذي ترتب عليه وجود ذلك ، كأن يكون قاصراً على مجرد الاستعمال الشخصي أو حق السكنى .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٠٠ - ١٠٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ : يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الاستعمال أو على السكنى .

م ١٢٦٢ (توافق المادة ٩٩٦ مصري) .

م ١٢٦٣ (تطابق المادة ٩٩٧ مصري) .

م ١٢٦٤ : ١ - إذا احتاجت الدار التي تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق بإجرائه ، على أن تكون المباني التي يقيمها ملكاً خالصاً له ينتقل إلى ورثته .
٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فلمصلحة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصماً من الأجرة ، ويرد الدار في نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى .

(يطابق هذا النص المادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري) .

م ١٢٦٥ (تطابق المادة ٩٩٨ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن المادة ٥٣٩ من تقنين الموجبات والمقود

للبنائي تنص على ما يأتي : «من ليس له على الشيء سوء حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى

أو حق الحبس أو حق التأمين لا يجوز له أن يؤجره» .

فلا يخول صاحبه إلا حق الاستعمال ، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية هو وأسرته . والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق استعمال ، من زوجة وأولاد وأقارب وخدم . وقد يتحدد حق الاستعمال في وجوه معينة من الاستعمال دون غيرها ، فيكون حق استعمال مقيداً (droit d'usage restreint) .

أما حق السكنى فهو فرع عن حق الاستعمال ، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى . فحق السكنى إذن يكون داراً يسكن فيها صاحب الحق وأسرته ، والمقصود بالأسرة هنا هو نفس المقصود بالأسرة في حق الاستعمال . وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أهم الحقوق الثلاثة . فإذا تخصص للاستعمال دون الاستغلال ، كان حق استعمال . وإذا تخصص للاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب الاستعمال ، كان هنا هو حق السكنى . ويتضح مما تقدم أن كلا من حق الانتفاع وحق الاستعمال يرد على العقار وعلى المنقول ، أما حق السكنى فلا يرد إلا على العقار وبالذات على دار للسكنى (١) .

٥٤٦ - أمهات فاصلة بين استعمال ومن السكنى : وأهم ما يختص به

حق الاستعمال وحق السكنى دون حق الانتفاع من أحكام هو ما تقرره المادة ٩٩٧ مدني السالف ذكرها من أنه « لا يجوز الترول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » . ويقاس على عدم جواز الترول عدم جواز الإيجار . فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكنى مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته ، ومقتضى حاجتهم الشخصية . فلا يجوز لصاحب الحق أن يترول عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل ، ولا يجوز له أن يؤجره . وإذا ترول عنه للغير أو أجره ، كان الترول أو الإيجار باطلاً ، لأنه إنما يترول عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للترول عنه ولا الإيجار (٢) .

(١) أنظر استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٥٥ .

(٢) أنظر في رأي آخر يلعب إلى أن صاحب حق السكنى إنما يؤجر العين ذاتها فيكون إيجاره صحيحاً ، ولكن لا يخل في حق المالك الذي يكون له أن يسترد العين : مقصور مطلق منصور في ملحق البيع والإيجار لقرة ١٤٩ ص ٣٤٧ - محمد لبيب قلب لقرة ٩١ - وانظر في هذه المسألة الوسيط ٦ لقرة ٢٨ ص ٤٨ ملحق ٢ - والمسلم به أنه إذا أوصى الشخص بحق سكنى منزل ، فاللعوى على أنه « لا يملك المستحقون السكنى في المنار لإيجارها ، ولا أحكم إسمكان غيره في نصيبه بموضى » ولو لم يأخذ هذا الموضع ليدفع له أجرة لعل يمكن فيه (لعوى شرعية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٧ المحللة ٨ رقم ٥٤ ص ٩٧) .

وقد قدمنا عند الكلام في عقد الإيجار ، أنه « لما كان تطبيق هذا المبدأين فيه ضيق وخرج ، فقد يوصى شخص بسكنى مترل لأولاده ، ويستدير الزمن ، فإذا البيت أصبح لا يليق بسكنائهم . وقد ينتقلون من بلد إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكنى المترل ، ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم والانتفاع بالأجرة في استئجار مسكن لهم في البلد الذي يقيمون فيه . من أجل ذلك أجازت المادة ٩٩٧ مدني التزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى إذا وجد شرط صريح أو مبرر قوى لذلك » (١) .

٥٤٧ - حكم خاص بحسب السكنى : وكان المشروع التمهيلي للتقنين المدني يتضمن نصا هو المادة ١٢٥٤ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - إذا احتاجت الدار التي تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق بإجرائه ، على أن تكون المباني التي يقيمها ملكا خاصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللقاضي أن يؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصما من الأجرة ، ويرد الدار في نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، دون بيان لسبب حذفه (٢) ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضي بأن المباني التي يقيمها صاحب حق السكنى في الدار لإصلاحها ، إذا احتاجت الدار للإصلاح ، يكون لها حكم المباني التي يقيمها الحائز في ملك الغير وهو حسن النية ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني (٣) .

(١) الوسط ٦ ققرة ٢٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع في هذا الصدد : « حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة إليه هو وأسرته . فلا يجوز له التزول عنها إلى الغير ، إلا إذا اشترط ذلك صراحة ، أو وجد مبرر قوى لهذا التزول وقد أدخل المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص ، لأن المبرر القوي كثيرا ما يتحقق في حق السكنى ، بأن تقدم الدار الموصى بسكنائها أو تصبح غير لائقة لسكن المتفع ، فيكون له في هذه الحالة أن يؤجرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ في الماش .

(٣) وعلى ذلك يمتلك صاحب الدار هذه المباني بالاتصاف ، وعليه أن يدفع لصاحب حق السكنى أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الدار بسبب المباني . ولصاحب حق السكنى إن شاء أن يطلب نزع البناء من الدار على أن يرميها لأصلها ، ولكن ليس لصاحب الدار أن يطلب إزالة البناء .

٥٤٨ - الامتياز المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

السكنى : وفيما عدا ما تقدم من الأحكام ، ينطبق على حق الاستعمال وحق السكنى ما سبق بيانه من الأحكام في حق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدنى سالفه الذكر) . فأسباب كسب حق الاستعمال وحق السكنى هي العقد والوصية والتقدم : دون الشفعة لأن الشفعة تقتضى بيع المشفوع فيه والحقان لا يجوز بيعهما . والتزامات صاحب حق الاستعمال - صاحب حق السكنى هي التزامات المتفع : استعمال الشيء فيما أعد له ، والقيام بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة ، وحفظ الشيء . وجرّد المنقول وتقديم كفالة عنه في حالة حق الاستعمال . ولكن لا ينطبق في حق السكنى أن يترفع القاضى الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل في حق الانتفاع وفقاً لأحكام المادة ٩٨٨ / ٢ مدنى (١) . ولا يجوز للدائنين الحجز على هذين الحقين ، لأنهما غير قابلين للحجز ولا للتروك عنهما (٢) . وينتهى كل من الحقين ، كما ينتهى حق الانتفاع ، بموت صاحب الحق وبانقضاء الأجل وبهلاك الشيء وبعدم الاستعمال وبتملك الحق بالتقدم وبالتروك عن الحق وباتحاد الذمة .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٩ - كذلك لا يلزم صاحب الاستعمال بتفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار (إسماعيل غانم ص ١٧) .

(٢) استئناف مختلف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٢٩ ص ٩٥ .

الباب الثاني

حق الارتفاق

(Servitude)

تمهيد

٥٤٩ - التعريف بحق الارتفاق - نص قانوني : ينص الشرط الأول

من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :

« الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشرط الأول من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشرط الأول) في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشرط الأول) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشرط الأول) (مجموعة الأعمال الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ٦٢٥) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥١/٣٠ : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد - والمقصود بمحو الارتفاق المقرر لمنفعة الميرى حقوق الارتفاق الإدارية : الوسيط ٨ فقرة ٥٨ - وهذه غير حقوق الارتفاق المقررة للأفراد على المال العام ، وسيأتى ذكرها في الشرط الأخير من المادة ١٠١٥ مدني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٦٠ : ١ - الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول . ٢ - ويقوم هذا التكليف إما بتحويل شخص آخر من مباشرة أعمال تصرفه في العقار المفروض عليه التكليف ، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٨ (الشرط الأول) (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ١٢٧١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٦ (مطابق للمادة ٩٦ سوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

وخلص من هذا التعريف أن هناك عناصر ثلاثة يتكون منها حق الارتفاق :
العقار المرتفق . والعقار المرتفق به ، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار
المرتفق .

(فأولا) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق (*fonds dominant*) ،
وهو العقار الذي تقرر لفائدته حق الارتفاق . ولا يقرر هذا الحق إلا لفائدة
عقار . ويقرره مالك هذا العقار (١) . ويعتبر هذا الحق تابعا (*accessoire*)
للعقار المرتفق وملحقا به ، وينتقل معه إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار . ولذلك
يزيد حق الارتفاق من قيمة العقار المرتفق ، أيا كان المالك لهذا العقار .
وجميع الأسباب التي تنقل ملكية العقار المرتفق من مالك إلى آخر ، من ميراث
ووصية وعقد وشفعة وتقدم . تنقل إلى المالك الجديد مع ملكية العقار المرتفق
حق الارتفاق (٢) .

(وثانيا) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به (*fonds servant*) ،
وهو العقار الذي تقرر عليه حق الارتفاق ، فحد من منفعة لفائدة العقار
المرتفق . وكما أن حق الارتفاق لا يقرر إلا لفائدة عقار ، فهو أيضا لا يترتب
إلا على عقار . ويرتبه مالك هذا العقار . ومن ثم يكون حق الارتفاق دائما
حقا عينيا عقاريا . فهو عقار حتما (٣) . وينتقل حق الارتفاق سلبيا مع العقار
المرتفق به إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار ، كما ينتقل إيجابيا مع العقار المرتفق
فيما رأينا . ويجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذي
يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص
واحد (*Nemini res sua servit*) . يصح أنه يكون هناك عقاران
مملوكان لشخص واحد ، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار

(١) وقد قضى بأن المستأجر لا يستطيع أن يقرر حق ارتفاق لفائدة العقار المؤجر
(استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٨) .

(٢) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد رأيناه يقرر لمصلحة شخص معين لا لمصلحة عقار ،
ويزول حتما بموت هذا الشخص . ولذلك يسمى عند الرومان بحق الارتفاق الشخصي *servitude*
personnelle . إلى جانب حق الارتفاق الذي يسمى بحق الارتفاق العيني *servitude réelle* -
أنظر مازو فقرة ١٦٤٦ .

(٣) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد يترتب على العقار فيكون عقارا ، وقد يترتب
على المنقول فيكون منقولا .

الآخر . ولكن تقاضى هذه الفائدة لا يكون استعمالا لحق ارتفاق ، وإنما هو استعمال لحق الملكية ، ما دام العقاران مملوكين لشخص واحد . فإذا ما أصبح مالك أحد العقارين غير مالك للعقار الآخر ، فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقارين لاختلاف المالك ، ويترتب حق الارتفاق في هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلي كما سئرى (انظر المادة ١٠١٧ مدنى) (١) .

(وثالثا) يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة محد من منفعة العقار الأول . فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق ، ومن أجل ذلك سمي العقار الأول بالعقار الخادم وسمى العقار الثانى بالعقار المخدم . وهذه الخدمة أو هذا التكليف يحدده السند الذى أنشأ حق الارتفاق ، وهو يتنوع بحسب حاجة العقار المرتفق وقابلية العقار المرتفق به . وهو فى جميع الأحوال يزيد من فائدة العقار الأول أى من قيمته ، ويحد من منفعة العقار الثانى إذ يجعله مثقلا بتكليف معين . ومن أمثلة هذا التكليف أن يكون العقار المرتفق به ممرا للعقار المرتفق ، أو موردا للمياه التى تسقيه ، أو مجرى للمياه التى تأتية للى ، أو مكانا تسيل منه مياه الصرف . فيكون هناك حقوق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل ، وهذه غير القيود القانونية المتعلقة بالمرور أو بمياه الرى التى سبق بحثها عند الكلام فى حق الملكية (٢) . والفرق بين هذه وتلك أن القيود القانونية تستوجب استيفاء شروط معينة ، متى توافرت فإن القانون نفسه هو الذى يترتب تكليفا على عقار لفائدة عقار آخر . أما حقوق الارتفاق التى نحن بصدددها فلا تستوجب توافر هذه الشروط ، ولا يترتبها القانون ، وإنما يترتبها الاتفاق أو غيره من أسباب كسب حق الارتفاق التى

(١) ووحدة المالك إنما تمنع من قيام حق الارتفاق إذا كان شخص واحد يملك كلا من العقارين ملكية تامة لا يشاركه فيها أحد . وإلا فإنه يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يملكه اثنان على الشيوع لفائدة عقار آخر يستقل بملكيتة أحد هذين الإثنين ، كما يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يستقل بملكيتة شخص واحد لفائدة عقار آخر يملكه هذا الشخص شائعا مع آخرين (أوبرى ورو ٣ ققرة ٢٤٧ - بودرى وشوفو ققرة ٨٠٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٨٨٩ ص ٨٧١ - مارتى ورينو ققرة ١٢٩ ص ١٥٨ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ٢٧١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

سيأتي بيانها . وقد يختلف التكليف في نوعه عن التكاليف المقررة في القيود القانونية ، فيوجد مثلا حق ارتفاق بالرؤية (prospect) بموجبه يتمتع مالك العقار المرتفق به من أن يبني في عقاره حتى يفسح للعقار المرتفق مجال الرؤية البعيدة التي يتمتع بها . وتوجد أيضا حقوق الارتفاق التي تحد من حق مالك العقار المرتفق به في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته . ويوجد كذلك حق ارتفاق بالتجميل (embellissement) يترتب على العقارات المحاذية لطريق عام يراد تجميله ، وبموجبه يترك ملاك هذه العقارات مسافة معينة تفصل بين العقار والطريق العام ، ويبني المالك في هذه المسافة حوضا يفرس فيه زهورا بقصد تجميل المنظر العام للطريق . ونرى من ذلك أن التكليف الذي يتقل العقار المرتفق به ، كما يقصد به فائدة (utilité) العقار المرتفق وهو الغالب ، قد يقصد به تزيين هذا العقار وزيادة في رونقه (agrément) كما هو الأمر في حق الارتفاق بالرؤية وحق الارتفاق بالتجميل .

ولا يشترط في الفائدة أن تكون حالة ، بل يصح أن تكون مستقبلة (١) . ولا تستلزم الفائدة التي يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق تلاصق (contiguïté) هذين العقارين ، بل ولا تجاورهما (voisinage) . فيصح أن يكون أحدهما بعيدا عن الآخر ، كما إذا ترتب حق ارتفاق باغتراف

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٠ - وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المثل يشتمل على نص هو المادة ١٢٨٧ من هذا المشروع ، تجرى على الوجه الآتي : ١٥ - يجوز أن يترتب حق الارتفاق لتحقيق فائدة مستقبلية للعقار المرتفق . ٢ - وإذا كان العقار المرتفق أو العقار المرتفق به بناء مزمعا إقامته أو عقارا مزمعا تملكه ، فإن الارتفاق لا يقرر إلا عند تمام البناء أو تحقق الملك . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « الأصل أن تكون الحصة حالة ، ولكنها قد تكون مستقبلة ، كحق ارتفاق يقرر على بناء مزمع إقامته فيتفق صاحب العقار المرتفق مع صاحب البناء المستقبلي على تقرير حق مظل مثلا على هذا البناء عند تمامه ، وكحق ارتفاق يقرر على عقار مزمع تملكه فيتفق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذي سيتملك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، تجنباً للتفصيلات . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٤ في الهامش .

وقد قضى بأن حق الارتفاق يمكن إنشاؤه فورا لفائدة مقبلة للعقار المرتفق (مصر الكلية ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٥ ص ٦٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٣ ص ٣١٩)

المياه (*puisage d'eau*) ، أو باستخراج الأحجار والمواد الأخرى (*extraction des matériaux*) لمصلحة عقار على عقار آخر يعد منه بمسافة طويلة (١) .

٥٥٥ - **خصائص حق الارتفاق** : وقد تبين مما قلّمناه أن حق الارتفاق هو حق عيني يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فهو إذن حق عيني عقارى كما سبق القول . ولحق الارتفاق ، إلى جانب هذه الخاصية ، خصائص أخرى أهمها ثلاث : (١) فهو حق تابع (*accessoire*) . (٢) وهو حق دائم (*perpétuel*) . (٣) وهو حق غير قابل للتجزئة (*indivisible*) .

١ - **فحق الارتفاق حق تابع** : تابع للعقار المرتفق فهو من ملحقاته الإيجابية ، ولا يفصل عن هذا العقار فيما يجرى على العقار من تصرفات . فاذا بيع العقار المرتفق أو وهب أو رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر ، فإن التصرف يشمل العقار وحق الارتفاق معاً . كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى ، فإن هذا الحق يمتد أيضاً إلى حق الارتفاق . وإذا حجز على العقار ، فإن الحجز يشمل العقار وحق الارتفاق . فحق الارتفاق يتبع إذن العقار المرتفق أينما انتقل ، ويجرى عليه ما يجرى على العقار (*ambulant cum domino*) (٢) .

وكذلك يتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به ، على النحو الذى يتبع به العقار المرتفق . فاذا بيع العقار المرتفق به أو وهب أو رتب عليه حق انتفاع أو حق رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر ، فإنه يجرى عليه هذا التصرف وهو محمل بحق الارتفاق ، فينتقل إلى المشتري أو الموهوب له أو المنتفع مثلاً مثلاً بحق الارتفاق .

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩١ - بودرى وشوفو فقرة ٨٠١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٠ - مارتى ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ - نقض فرنسى ٧ يولي سنة ١٩٣٧ داللز الأسبوعى ١٩٣٧ - ٤٦٩ .

(٢) كذلك لا يمكن التصرف فى حق الارتفاق منفصلاً عن العقار المرتفق ، فبيعه مثلاً مالك العقار المرتفق مستقلاً عن العقار أو يرهنه أو يحجز عليه الدائنون . والذى يجوز هو أن يتزل مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق مستقلاً لمصلحة مالك العقار المرتفق به ، فيزول حق الارتفاق بالتزول عنه . أنظر مازو فقرة ١٧١١ ص ١٣٥٢ .

٢ - وحق الارتفاق حق دائم : والمقصود بدوام حق الارتفاق شيء غير المقصود بدوام حق الملكية . فقد قدمنا أن الملكية حق دائم بمكان ثلاثة : بمعنى أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقيا فلم يحدد له القانون وقتا معيناً لإنقضائه كما حدد لحق الانتفاع مثلاً ، وبمعنى أنه حق لا يجوز أن يقترن بأجل (١) . أما حق الارتفاق ، فإنه لا يتفق في صفة الدوام مع حق الملكية إلا في جزء من المعنى الأول .

فحق الارتفاق يختلف مع حق الملكية في المعنى الثالث ، إذ يجوز أن يقترن حق الارتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ . (٢) ويختلف مع حق الملكية في المعنى الثاني ، إذ ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (م ١٠٢٧ / ١ مدني) (٣) . أما في المعنى الأول ، فإن حق الارتفاق يشترك مع حق الملكية في جزء من هذا المعنى ، وهذا الجزء المشترك هو الذي دعا إلى القول بأن حق الارتفاق حق دائم . فحق الارتفاق حق دائم بمعنى أن هذا الدوام من طبيعته (*de sa nature*) ، فالمرور بوقت بأجل فهو دائم كحق الملكية ، إذ هو يتبع حق الملكية في العقار المرتفق فيلزم بدوامه (٤) . ولكن

(١) أنظر في هذه المعاني الثلاثة الوسيط ٨ ققرة ٢٢٨ - ققرة ٢٣١ .

(٢) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لبداية حق الارتفاق أجلاً لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف ، أو يضرب لنهايتها أجلاً ينتهي عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ .

(٣) وفي هذا الصدد يتميز حق الملكية عن حق الارتفاق تمييزاً واضحاً ، ويتبين ذلك في فروض من أهمها الطريق المشترك بين مالكين مجاورين لهذا الطريق . فإما أن نقول إن كل مالك يملك نصف الطريق المجاور للملك ملكية مفرزة وله حق ارتفاق بالمرور على النصف الآخر ، أو نقول إن الطريق بأجمعه مملوك للمالكين معاً ملكية شائعة . في القول الأول يوجد حق ارتفاق بالمرور لكل مالك في نصف الطريق غير المجاور للملك ، فيزول هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وكذلك ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال حق الارتفاق (م ١٠٢٨ / ١ مدني) ، ويجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق إذا قد كل منفعة للعقار المرتفق (م ١٠٢٩ مدني) . وفي القول الثاني يكون الطريق مملوكاً للمالكين معاً ملكية شائعة ، فلا تسقط هذه الملكية بعدم استعمال الطريق مهما طاللت مدة عدم الاستعمال ، ولا يزول حق الملكية مهما تغير وضع الأشياء ومهما قد المرور كل منفعة لكل من العقارين المجاورين (أنظر الوسيط ٨ ققرة ٥٩٧) .

(٤) وفي هذا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع ، فقد رأينا أن حق الانتفاع موقت دائماً ، ويزول حتماً بموت المستفيع .

الدوام في حق الارتفاق ليس من جوهره (de son essence) كما هو من جوهر حق الملكية ، فقد رأينا أنه يجوز توقيت حق الارتفاق ولا يجوز توقيت حق الملكية . فاذا قلنا إن حق الارتفاق حق دائم ، فانما نعني بذلك أن هذا هو الأصل فيه (١) . ولكن هذا لا يمنع من أن حق الارتفاق ينتهي مستقلا عن حق الملكية بأسباب متعددة ، منها انقضاء الأجل المحدد له وعدم الاستعمال وتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعة للعقار المرتفق .

٣ - وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة : فاذا جرىء العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه (م ١/١٠٢٤ مدني) . وإذا جرىء العقار المرتفق به ، بقي الارتفاق واقعا على كل جزء منه (م ١/١٠٢٥ مدني) . وإذا كان هناك عقار مملوك على الشيوع لعدة أشخاص ، لم يجر ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع من هذا العقار ، أو لمصلحة جزء شائع منه . بل يكون حق الارتفاق مرتبا على العقار الشائع في مجموعه ، أو لصالح كل العقار الشائع ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك على الشيوع (٢) .

٥٥١ - الأشياء التي تصلح أن تكون محمرا لمرتفاق : رأينا (٣) أن

المادة ١/١٠١٥ مدني تقول إن « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار ... » ، فالشيء الذي يحد حق الارتفاق من منفعة هو الشيء الذي يكون محلا لحق الارتفاق ، ولا بد أن يكون عقارا كما هو صريح النص و كما تقدم القول . فلا يصلح المنقول أن يكون محلا لحق الارتفاق ، كما يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع فيما قدمناه . ولما كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية ، فالعقار الذي يصلح أن يكون محلا لهذا الحق يجب أن يكون عقارا بطبيعته . ومن ثم لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق الحقوق العينية العقارية ، كحق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، وكحق الارتفاق ذاته فلا يصلح هذا الحق أن يكون محلا لحق ارتفاق آخر مرتب عليه (servitus servitutis esse non potest) كما يصلح حق الانتفاع أن يكون

(١) بلانيول وريير ويكار ٣ قرة ٨٩٢ .

(٢) بلانيول وريير ويكار ٣ قرة ٨٩٣ - ماري ورينو قرة ١٤٢ ص ١٦٢ -

نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٦٥ .

(٣) انظر آنفا قرة ٥٤٩ .

محلا لحق انتفاع (١) . ولا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار بطبيعته ، إذ هي في حقيقتها منقول بطبيعته .

يبقى إذن العقار بطبيعته ، وهو أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت . ويستبعد القضاء الفرنسي النبات كالزراع والغراس والأشجار ، فلا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق ، لأن بقاءه في الأرض لا يكون إلا لمدة معينة (٢) .

فالذي يصلح إذن أن يكون محلا لحق الارتفاق هو الأرض والمنشآت ، وقد عبر عنها التقنين المدني الفرنسي عند تعريفه لحق الارتفاق في المادة ٦٣٧ منه بلفظ *héritage* (٣) .

فالأرض ، سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا قضاء ، وسواء كانت في المدن أو في القرى ، تصلح أن تكون محلا للارتفاق (٤) .

والمباني والمنشآت تصلح هي أيضا أن تكون محلا لحق الارتفاق ، إذ هي عقار بطبيعته لاندماجها في الأرض (٥) ، ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندجمت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت . ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمخازن والمصانع والجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر (٦) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٧ .

(٢) نقض فرنسي ٦ أبريل سنة ١٨٤١ دالوز ٤١ - ١ - ٢١٤ - بودرى وشوفو

فقرة ٧٩٢ - وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧ ص ٨٦٧ .

(٣) وكلمة *héritage* أتت من الكلمة اللاتينية *herus* ومعناها المالك . فهي مترادف معنى الملكية في العقار والمنقول ، ولكنها تخصصت للعقار (الأرض والمنشآت) ، لأن المنقول في القانون الفرنسي القديم لم تكن له قيمة مذكورة (بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢) .

(٤) وتشمل الأرض *fonds* سطحها *surface* ، دون ما يقام فوق سطح الأرض من حياز ومنشآت أو ينبت من زرع أو يفرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك (الوسيط ٨ فقرة ٩ ص ٢٠) .

(٥) وهي قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته ، كيات من الطوب والرمال والإسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء .

(٦) الوسيط ٨ فقرة ١١ ص ٢٤ - ص ٢٥ .

وحق تكون الأرض والمنشآت محلا لحق الارتفاق ، يجب أن تكون قابلة للتعامل فيها ، فلا يجوز التعامل فيه لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق . ومع ذلك يصلح المال العام (domaine public) أن يكون محلا لحق الارتفاق ، إن كان ذلك لا يتعارض مع ما خصص له من وجوه الاستعمال للمنفعة العامة . وننتقل الآن إلى بحث هذه المسألة .

٥٥٢ - جواز ترتيب من الارتفاق على المال العام - نص قانوني :
ينص الشرط الأخير من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :
« ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » (١) .

وقدما عند الكلام في الدومين العام أن هذا المال لا يجوز التصرف فيه بما يتعارض مع المنفعة العامة التي تخصص لها . فلا يجوز للشخص الإداري أن يبيع المال العام أو أن يرهنه أو أن يجري فيه أي تصرف يتعارض مع تخصيصه ، فإن مثل هذا التصرف من شأنه أن يزيل ملكية الشخص الإداري للمال العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . على أن هناك أنواعا من التصرف تلائم الأموال العامة ، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة . من ذلك منح التزام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على مال عام ، وهو جائز للملاءمة لطبيعة المرفق العام . كذلك هناك أموال مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص في ذاته يقتضي استغلال

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشرط الأخير من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشرط الأخير) في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشرط الأخير) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشرط الأخير) (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٥) .

ولامقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٨ (الشرط الأخير) (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لامقابل .

قانون الملكية المقارية اللبناني لامقابل .

الدولة لها ، وذلك كالسكك الحديدية وخطوط التلغراف والتلفون ، فإن تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون في صورة استغلال يعود عادة بربح على الدولة (١) .

ونضيف هنا أنه يجوز ترتيب حق ارتفاق على المال العام ، إن كان ترتيب هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٠١٥ مدني سالفة الذكر (٢) . ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة : (١) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام متعارضاً (incompatible) مع المنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، كأن يترتب للدار مجاورة لحديقة عامة حق ارتفاق في إقامة أكشاك أو وضع مقاعد خشبية تختص بها الدار . مثل هذا الارتفاق لا يجوز ترتيبه على المال العام ، لأنه يتعارض مع المنفعة العامة التي خصصت لها الحديقة ، فهي حديقة أعدت للجمهور دون تمييز بين طائفة وأخرى . (٢) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام مطابقاً (conforme) للمنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، ومثل هذا الارتفاق لا شك في جواز ترتيبه على المال العام . من ذلك ما يسمى في الفقه الإداري بمنافذ الطرق (aissance de voirie) ، وهي منافع تعود على الأملاك المجاورة للطرق العامة بسبب هذا الجوار ، وتشمل المطل والمسيل والنفاذ (٣) . ومن ذلك أيضاً ارتفاقات الري المترتبة

(١) الوسيط ٨ فقرة ٧٤ . (٢) وقد سبق بيان أنه يجوز ترتيب حقوق ارتفاق لفائدة المال العام ، كحقوق الطرق المطلقة بالشوارع Voierie ، والحقوق المطلقة بالأعمال الحربية ، وحق الإدارة في نزع أترية من الأراضي المجاورة للجسور العامة لحمايتها من غوائل الفيضان (الوسيط ٨ فقرة ٥٨) . (٣) أنظر Baudin في مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩٣٠ ص ٦٠٩ وما بعدها . في نظرية الحقوق العينية الإدارية رسالة من تولوز سنة ١٩١٤ ص ٣٥ وما بعدها - محمد زهير جرائقة في حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٢ ص ٢٢٢ وما بعدها . فالأملاك المجاورة للطريق العام لها حق ارتفاق بالإطلال عليه وبأن يدخل لها منه النور والهواء (استئناف مخطط ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٤٦ ص ٢٢) ، ولها حق ارتفاق بمسيل المياه فيجوز لها أن تصرف في الطريق العام مياه الأمطار والمياه المنزلية وفقاً لما تقتضيه المصالح الصحية ، ولها حق ارتفاق بالنفاذ من الطريق العام إل غيره من الطرق والأماكن .

على الترع العامة والمصارف العامة ، فهي ارتفاعات مطابقة لمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الترع والمصارف (١) . أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس متعارضا (pas incompatible) مع المنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، وفي هذا الفرض كما في الفرض السابق يجوز ترتيب حق الارتفاق على المال العام (٢) . من ذلك أن يحصل مالك الدار على ممر تحت الطريق العام (passage souterrain) للوصول إلى داره ، وأن يحصل مالك الأرض التي يفصل بين أجزائها ترعة أو سكة حديدية على حق المرور على «الكوبري» المقام على التربة أو على «الزلقان» الذي يحترق السكة الحديدية ، وأن يحصل مالك المقهى المجاورة للطريق العام على حق وضع كراسي ملاصقة لمقهاه فوق الرصيف ، وأن يحصل مالك المبنى المجاور لساحل البحر على حق وضع كشك للاستحمام على هذا الساحل .

وليس هناك اتفاق في فرنسا على تكييف التكاليف المتقدمة الذكر بأنها حقوق ارتفاع . وكان القضاء الفرنسي يعتبر مدة طويلة منافذ التطرق حقوق ارتفاع (٣) . ولكنه تحت تأثير أو يرى ورو (٤) تجنب هذا التكييف وأثر أن يصف هذه الحقوق بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة (sui generis) (٥) . أما الفقه الفرنسي ، فقد أخذ ينجح إلى القول بأن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاع إدارية (servitudes administratives) (٦) .

(١) فالأراضي الزراعية المجاورة للترع العامة والمصارف العامة لها حق الشرب من هذه الترع ، وحق المسيل في هذه المصارف .

(٢) بودر وشوفو ققرة ٧٩٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ مارس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٢٠٦ - ٣ يونيو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٦٤ .

(٤) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٤٩ ص ٩٩ - ص ١٠٠ .

(٥) نقض فرنسي ١٥ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٤٤٨ - ٢١ يونيو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٥ - ٥٤ .

(٦) هوريو في القانون الإداري الطبعة الماثرة ص ٦٢٢ وحامش ٢ - Rigaud رساله ص ٢٨٩ وما بعدها وص ٢٠٩ Mestre في تعليقه في سير ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٩ - وانظر بلانيول وريبير ويكارد ٣ ققرة ٨٨٨ ص ٨٦٩ - وقارن بودري وشوفو ققرة ٧٩٧ - ققرة ٧٩٨ .

وفي مصر الأمر يختلف ، فقد حسم نص المادة ١٠١٥ مدني سالف الذكر كل خلاف في هذه المسألة ، إذ قضى صراحة كما رأينا بأنه « يجوز الارتفاق على مال عام ... » . فلا شك إذن في أن هذه التكاليف التي تترتب على المال العام والتي تقدم ذكرها هي حقوق ارتفاق إدارية ، بموجب هذا النص الصريح . وحتى في عهد التقنين المدني السابق حيث لم يوجد نص مماثل للمادة ١٠١٥ مدني ، كان جانب من الفقه المصري يقول بذلك (١) ، كما كان يقول به أيضا جانب من القضاء المصري (٢) .

ويترتب على أن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية نتيجتان هامتان ، أخذ بهما القضاء الفرنسي إذ هو يعلم بأن هذه التكاليف هي حقوق إدارية على كل حال وإن كان يصفها بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة : (النتيجة الأولى) لأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتجوا بها على الغير فيجوز لصاحب الحق أن يطالب الغير بحقه عن طريق دعوى عينية تقابل دعوى الاستحقاق في حالة حق الملكية ، هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (٣) . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة ، لحماية حيازته لحق الارتفاق (٤) . هذا فضلا عن جواز مطالبته بالتعويض بموجب دعوى المسؤولية التقصيرية (٥) أو بموجب ادعائه مدينا في دعوى مخالفات الطريق العام أو برفعه دعوى المخالفة المباشرة (٦) . (النتيجة الثانية) يجوز لجهة الإدارة ، للنوع من المصلحة العامة ، إلغاء حقوق الارتفاق الإدارية هذه أو تعديلها ، عن طريق

(١) والفقيه الذي ذهب في وضوح ، في عهد التقنين المدني السابق ، إلى أن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية هو الأستاذ محمد زهير جراحة في كتابه « حق الدولة والأفراد على الأموال العامة » سنة ١٩٤٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٩ . وانظر مقالا له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٢٤١ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ المجموعة البرسية ٢٣ رقم ٤٤٤ ص ٢١١ - استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٥ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٢٥ (أسباب الحكم) .

(٣) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ١٢ - ٢ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٤١٨ .

(٤) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٩٠٢ سير ١٩٠٢ - ١ - ٥٥٥ .

(٥) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٩١٢ سير ١٩١٢ - ١ - ٣١ .

(٦) نقض فرنسي جنائي ٤ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٧٤ .

تحويل الطريق العام أو إنهاء تخصيصه للمنفعة العامة أو القيام فيه بأشغال عامة (١). ولكن يجب في هذه الحالة تعويض صاحب الحق عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، ويجوز لجهة الإدارة إذا أنهت تخصيص الطريق العام للمنفعة العامة وباعته أن تلزم المشتري باحترام حقوق الارتفاق التي ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحاب هذه الحقوق (٢). بل يجوز إلغاء القرار الإداري الذي يلغى هذه الحقوق أو ينقص منها، إذا كان هذا القرار مخالفا للقانون أو انطوى على تعسف في استعمال السلطة (٣).

٥٥٣ - تقسيمات من الارتفاق : أهم تقسيمات حق الارتفاق ثلاثة :

- (١) الارتفاق المستمر (continue) والارتفاق غير المستمر (discontinue)
- (٢) الارتفاق الظاهر (apparente) والارتفاق غير الظاهر (non apparente)
- (٣) الارتفاق الإيجابي (positive) والارتفاق السلبي (négative) (٤).

٥٥٤ - الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر : والارتفاق المستمر

هو الارتفاق الذي يستعمل دون تدخل حالي من فعل الإنسان (م ٦٨٨ مدني

(١) نقض فرنسي ٢٥ فبراير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٢٥٥ - مجلس الدولة الفرنسي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ - ٣ - ٧ - وانظر في القضاء المصري: استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٦٦ - استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٠ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ .

(٢) نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٥٢ - مجلس الدولة الفرنسي ٨ أغسطس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ٣ - ١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٣ - ٨٨ - وانظر في القضاء المصري : استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - أول يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٦ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسي ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١١ - ٣ - ٩٨ - نقض

فرنسي جنائ ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٤٨ .

(٤) ويوجد تقسيم رابع كانت له أهمية كبيرة في القانون الروماني ، وبعض الأهمية في القانون الفرنسي القديم . ولكنه فقد أهميته الآن ، بعد أن حل محله تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . وهذا هو تقسيم الارتفاق إلى ارتفاق لفائدة المياقي *servitude urbaine* ، وارتفاق لفائدة الأراضي *servitude rurale* . فإذا تقرر ارتفاق لفائدة بناء ، أيا كان هذا البناء في المدن أو في القرى ، فهو ارتفاق لفائدة المياقي ، وذلك كالمنزل ، وأغلب هذه الارتفاقات ارتفاقات مستمرة . أما إذا تقرر الارتفاق لفائدة أرض ، كالشرب والمجرى والمسيل ، فهو ارتفاق لفائدة الأراضي : أنظر المادة ٦٨٧ مدني فرنسي ، وانظر بودري وشوفو ققرة ١٠٨١ وققرة ١٠٨٢ ص ٨١٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٨٩٦ .

فرنسي (. مثل ذلك الارتفاق بعدم البناء (non aedificandi) ، أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حدمعين (non altius tollendi)، أو بالروية (paospect)
أو بالمطل (vue) ، أو بالشرب (acqueduc) أو بالمجرى (passage d'eau)
أو بالمسيل (égout) . فهذه كلها ارتفاعات مستمرة ، ومعنى أنها مستمرة أنها
لا تحتاج في استعمالها إلى تدخل حالي من فعل الإنسان (fait actuel de l'homme)
فهي ما لا يحتاج في استعماله إلى فعل الإنسان أصلاً ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حد معين أو بالروية ، وسنرى فيما يلي (١) أن هذه
الارتفاعات هي أيضاً ارتفاعات سلبية . ومنها ما يحتاج في استعماله إلى فعل
الإنسان في بداية الأمر ، ولكن متى تم هذا الفعل أصبح استعمال الارتفاق
في غير حاجة إلى فعل حالي من الإنسان وقت مباشرة الاستعمال . فالارتفاق
بالمطل يحتاج في بداية الأمر إلى فعل الإنسان ، كإحداث فتحة في الحائط ،
ولكن متى أحدثت هذه الفتحة لم يعد المطل في حاجة إلى فعل الإنسان ،
فدامت الفتحة موجودة فم استعمال للارتفاق بالمطل . وكذلك الشرب
والمجرى والمسيل ، كل منها في بداية الأمر في حاجة إلى حفر مجرى للمياه ،
ولكن متى حفر هذا المجرى فإلما يجري فيه أو يسيل منه دون حاجة إلى فعل
الإنسان (٢) .

والارتفاق غير المستمر هو ، كما رأينا ، ما يحتاج في استعماله إلى التدخل

(١) أنظر فقرة ٥٥٦ .

(٢) بودري وشوفر فقرة ١٠٨٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦ -
ويتبين من ذلك أن لاستمرار الارتفاق متى غير استمرار الحياة ، فالحياة تكون مستمرة
إذا لم تنقطع ، أما الارتفاق فيكون مستمراً إذا لم يحتاج في استعماله إلى تدخل فعل من عمل الإنسان
(ماز فقرة ١٧١٣ ص ١٣٥٤) . وكل ذلك يكون الارتفاق مستمراً حتى لو لم يستعمل كل
الدوام ، فالشرب مثلا وهو ارتفاق قد لا يستعمل في كل الأوقات ، ولكنه عندما يستعمل
لا يتدخل في استعماله فعل الإنسان . وصرف مياه المنجم ، تضخها المضخات نهراً وليلاً دون
انقطاع ، وهو ارتفاق غير مستمر ، يبق مستملاً على الدوام ، ولكنه في استعماله يحتاج إلى فعل
الإنسان . فالأمر إذن ليس في دوام الاستعمال أو عدم دوامه حتى يكون الارتفاق مستمراً
أو غير مستمر ، بل في حاجة الاستعمال إلى فعل الإنسان وإن كان لا يدوم فيكون الارتفاق
مستمراً ، أو في حاجته إلى فعل الإنسان وإن كان يدوم فيكون الارتفاق غير مستمر (بلانيول
وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦) .

الحال لفعل الإنسان . مثل ذلك الارتفاق بالمرور (passage) ، والارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، والارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد (extraction de matériaux) ، والارتفاق برعى المواشى (pacage) ، فهذه كلها ارتفاقات غير مستمرة (١) . فالارتفاق غير المستمر يقتضى إذن لاستعماله قيام مالك العقار المرتفق بعمل إيجابى فى العقار المرتفق به : يمر فى الطريق أو يغترف المياه أو يستخرج الأحجار أو يرعى الغنم . فإذا لم يقوم بهذا العمل الإيجابى ، فالارتفاق لا يكون مستعملاً ولا تظهر فائدته (٢) .

وتقسم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر لم يحل من انتقاد الفقه الفرنسى ، ويتشكك بعض الفقهاء فى صلاية التقسيم (٣) وفى فائدته . ومهما يكن من أمر ، فإن أهم فائدة لهذا التقسيم ، وهى أن الارتفاق المستمر وحده هو الذى يمكن كسبه بالتقادم ، قد نبذها التقنين المدنى المصرى الجديد ، ففى هذا التقنين يمكن كسب الارتفاق غير المستمر كالارتفاق بالمرور بالتقادم مادام ظاهراً كما سنرى (م ١٠١٦/٢ مدنى) .

(١) فالارتفاق بالمرور يقتضى لاستعماله فعل الإنسان ، ولا يكتفى الفعل المبدئى الذى عبد الطريق للمرور ، بل يجب أن يمر الإنسان فعلاً من الطريق . وإذا فتح طريق للمرور ، فهما يتقن هذا الطريق مفتوحاً مبدئاً فإن هذا لا يكتفى لاستعمال حق المرور ، ولا يشمل هذا الحق إلا إذا قام إنسان فعلاً بالمرور من هذا الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٢) . وهذا هو أيضاً شأن الارتفاق باغتراف المياه فلا بد من أن يغترف الإنسان المياه فعلاً ، وشأن الارتفاق باستخراج الأحجار فلا بد من أن يستخرجها الإنسان فعلاً ، وشأن الارتفاق برعى المواشى فلا بد من أن يقوم الإنسان فعلاً برعيها .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧ - ويقتضى الارتفاق غير مستمر حتى لو وضعت له علامة ظاهرة تستمر على نحو دائم ، كأن يرصف الطريق الذى يستعمل فى الارتفاق بالمرور ، أو يقام على جانبيه ما يحدهما تحديداً ظاهراً ، أو يفتح له باب يمين بدايته (لوبيرى ورو فقرة ٢٤٨ ص ٩٦ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧) . وفى هذه الحالة يكون الارتفاق غير مستمر وارتفاقاً ظاهراً فى وقت واحد كما سيأتى .

(٣) فتلا لاپرى بودرى وشوفو فرقاً محسوساً بين ارتفاق مستمر كارتفاق بالمطل بملاته الظاهرة من نقلة نطل على الجار ، وبين ارتفاق غير مستمر كارتفاق بالمرور بملاته الظاهرة من باب يمين بداية الطريق ، فكلاهما يحتاج إلى تدخل الإنسان ليطل من النافذة أو يمر فى الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ ص ٨١٤ وقرة ١١٠٩) .

٥٥٥-ارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر : والارتفاق الظاهر ،

كما عرفته المادة ٦٨٩ من التقنين المدني الفرنسي ، هو ارتفاق ينشأ عن وجود أعمال خارجية ، كباب أو نافذة أو مجرى (١) . والارتفاق غير الظاهر هو ارتفاق ليست له علامة خارجية تتم عن وجوده ، وذلك مثلا كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين .

ويبين من ذلك أنه في حين أن تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر تقسيم يرجع إلى طبيعة الارتفاق في ذاته ، فإن تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر لا يرجع إلى طبيعة الارتفاق ، بل إلى أمر خارجي عارض هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة . وعلى ذلك قد يكون الارتفاق الواحد ظاهرا إذا دلت على وجوده علامة خارجية ، وقد يكون غير ظاهر إذا لم توجد علامة خارجية تدل على وجوده . فالارتفاق بالمرور يكون ظاهرا إذا كان له طريق معين مرصوف أو باب يقام في بدايته ، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض التي يسار فيها . والارتفاق بالشرب يكون ظاهرا إذا كان له مجرى محفور يشق الأرض ويجري فيه المياه ، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجري في أنابيب مدفونة في باطن الأرض لا تراها الناس (٢) . على أن طبيعة الارتفاق قد تساعد على أن يكون ظاهرا في العادة ، وذلك كالارتفاق بالمطل فانه يصعب تصور وجود هذا الارتفاق دون علامة ظاهرة تتم عن وجوده كنافذة أو شرفة أو « بلكون » أو أية خارجة أخرى . وقد تقضى طبيعة الارتفاق بأن يكون غير ظاهر دائما ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء (٣) .

(١) فالظهور في حق الارتفاق أخص من الظهور في الحيازة ، إذ أن الحيازة للظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة . فيصح إذن أن حق الارتفاق غير الظاهر ، وهو انتهى ليست له علامة ظاهرة ، تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة .

(٢) استئناف مخطط هـ يوفيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٦ .

(٣) هذا والعلامة الظاهرة التي تتم عن حق الارتفاق قد تكون في المقار المرتفق كما في الارتفاق بالمطل ، فإن النافذة وهي العلامة الظاهرة توجد في حائط المقار المرتفق . وقد تكون هذه العلامة في المقار المرتفق به كما في الارتفاق بالمجرى فإن القناة التي تجري فيها المياه تحفر في الأرض المرتفق بها ، وكما في الارتفاق بالمرور فإن العلامة الظاهرة للطريق توجد في المقار المرتفق به . فيختلف الأمر إذن باختلاف ماهية الارتفاق ، والعلامة الظاهرة توجد حيث يستعمل حق الارتفاق (بودري وشوفو ققرة ١١٠١ ص ٨٣١ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٩٦٣) .

ولم يكن تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وغير ظاهر معروفا أصلا في القانون الروماني . وقد بدأ يعرف في القانون الفرنسي القديم ، وتدرج شيئا فشيئا ، حتى أصبح شائعا في القرن الثامن عشر . وكان فقهاء هذا العصر يقابلون ما بين الارتفاقات المستترة الخفية (*latentes ou cachées*) والارتفاقات المرئية أو الظاهرة (*patentes, visibles ou apparentes*) ، ولكن التقسيم بقي مع ذلك مختلطا بتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . والتقنين المدني الفرنسي هو الذي ميز في وضوح ما بين التقسيمين ، وبين أن كلا منهما مستقل عن التقسيم الآخر ، ولا يختلط به . فقد يكون الاتفاق المستمر ظاهر كالارتفاق بالمطل ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بعدم البناء . وقد يكون الارتفاق غير المستمر ظاهرا كالارتفاق بالمرور إذا كانت له علامة ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا لم تكن له علامة ظاهرة وكالارتفاق باغتراف المياه والارتفاق برعى المواشي (١) .

٦٥٥ - الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي : وهنا يرجع التقسيم إلى مضمون حق الارتفاق . فإن كان هذا المضمون يجعل لمالك العقار المرتفق الحق في القيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به ، كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باغتراف المياه والارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، فالارتفاق يكون ارتفاقا إيجابيا . أما إذا كان مضمون حق الارتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لولا وجود حق الارتفاق ، كالارتفاق بعدم البناء والارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين والارتفاق بالروية (*prospect*) ، فالارتفاق يكون ارتفاقا سلبيا .

والارتفاق الإيجابي إما أن يكون مستمرا كالارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، أو غير مستمر كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باغتراف المياه . وقد يكون ظاهرا كالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا كان للارتفاق علامة خارجية ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق

(١) بودري وشوفو ققرة ١٠٩١ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٨٩٩ - مارق

ورينو ققرة ١٤٦ ص ١٦٧ - ص ١٦٨ .

جرعى المواشى والارتفاق باغتراف المياه ، وكالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا لم يكن للارتفاق علامة خارجية ظاهرة .

أما الارتفاق السلبي ، فهو دائماً ارتفاق مستمر غير ظاهر (١) .

٥٥٧ - استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق

مورغان : ونحن في بحث حق الارتفاق نستبعد من نطاق هذا الحق القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وهي التي تسمى في كثير من الأحيان بحقوق الارتفاق القانونية . ذلك أن حق الارتفاق هو كما رأينا حق يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية . فما تقرر من قيود غير القيود التي تعتبر هي التنظيم العام لحق الملكية ، فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاق . أما تلك القيود التي فرضها القانون ، كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل ووضع الحدود وحق المرور وحق فتح المجلات والمناور ، هذه القيود التي فرضها القانون والتي تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق . فحق الارتفاق في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) . وقد سبق ، عند بحثنا لهذه القيود القانونية ، أن رتبنا نتائج هامة على أن هذه القيود ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، وذكرنا النتيجة الآتية :

(النتيجة الأولى) إذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاق ، ثم تبين أن هناك قيوداً قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسيل أو من نحو حق مظل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قلنا ، بل هي التنظيم الطبيعي المألوف لحق الملكية . ولم يقصد البائع من ضمانه خلوه العقار من حقوق ارتفاق أن يضمن خلوه العقار من هذه القيود ،

(١) بودرى ومورغان ققرة ١٠٩٢ .

(٢) لوبري وردو ٢ ققرة ١٩٤ ص ٢٨١ - الوسيط ٨ ققرة ٢٩٢ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

فهي قيود فرضها القانون وعلى المشتري أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق أو مصدر آخر غير القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية . فلو ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل مثلا ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من المطل القانوني إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانوني على الملكية . وإنما يضمن للمشتري خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطلا على مسافة أقل من المسافة القانونية .

(النتيجة الثانية) لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتلدوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالَت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . فلو أن لملك عقار حق الشرب من مسقاة في العقار المجاور وتوافرت الشروط القانونية لوجود هذا الحق ، ولكنه أعرض عن المطالبة به واستعماله مكفيا بحفر بئر ارتوازية في أرضه ، وبقي كذلك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد استعمال حقه في الشرب من مسقاة الجار ، لجاز له ذلك ، ولما صح الاعتراض عليه بأنه لم يستعمل هذا الحق مدة خمس عشرة سنة فسقط الحق بعدم الاستعمال . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح حيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فلو أن أرضا محبوسة عن الطريق العام استعمل صاحبها حقه في المرور من أرض الجار ، وبقي مستعملا لهذا الحق مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ثم زال انحباس الأرض ، لزال يزواله حق صاحب الأرض في المرور ، ولم يكن لصاحب الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانوني بالتقادم (١) . ولو كان حق المرور اتفاقيا ، لملكه بالتقادم المكسب (٢) .

والفقه ، في فرنسا وفي مصر ، منقسم في هذه المسألة . ففي فرنسا ،

(١) الوسيط ٨ ققرة ٤٦٧ .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ ققرة ٢٩٢ ص ٦٢٩ - ص ٦٤٠ - إسماعيل غانم

ص ٢٢ - ص ٢٤ .

يذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق قانونية (١) .
ويذهب بعض آخر إلى التمييز بين القيود المقررة للمصلحة العامة والمقررة
للمصلحة الخاصة وتكون متعلقة بالمياه ووضع الحدود والتحويط والحائط
المشترك وهذه كلها قيود قانونية ترد على حق الملكية وليست بحقوق ارتفاق ،
وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور فهذه ذات طبيعة مختلطة تجمع بين
معنى القيد ومعنى حق الارتفاق (٢) ، ولكن الغالبية من الفقهاء يذهبون
إلى أن كل هذه القيود إنما هي قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست
بحقوق ارتفاق (٣) ، وفي مصر كذلك ، تذهب القلة من الفقهاء إلى أن هذه
القيود القانونية هي حقوق ارتفاق حقيقية (٤) ، أو إلى أن بعض هذه القيود
(ارتفاقات المياه والمرور) تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية وبعضها ليست إلا مجرد
قيود قانونية ترد على حق الملكية (٥) . أما الكثرة من الفقهاء في مصر فتأخذ
بالرأى الصحيح ، وتعتبر أن هذه القيود جميعا إنما هي قيود قانونية ترد على
حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق ، وهذا هو الرأى الذى سار عليه التقنين
المدنى الجديد وخالف فيه التقنين المدنى السابق (٦) .

-
- (١) بردرى وشوغر فقرة ٨٠٨ ، ومع ذلك أنظر فقرة ١٠٧٠ - بلانبول وريير
ويكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ - بلانبول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٦٧٨ .
(٢) بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها - مارت ودينو فقرة ١٤٤ وقرة ١٤٤
مكررة (ويميزان بين التكاليف ذات النفع الخاص وهي حقوق ارتفاق ، والتكاليف ذات
النفع العام وليست بحقوق ارتفاق) - كاربوفيه ص ١٨٤ - ص ١٨٥ .
(٣) ديمولومب ١١ فقرة ٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ وهاش ١ -
جوسران ١ فقرة ١٩٦٨ - دى باج ٥ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضاً فقرة
١٢٨٢ - وقرب كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .
(٤) شفيق شحاتة فقرة ٣٢٠ ، ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهاش ٣ حيث
يورد حكم محكمة استئناف مصر في ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٦
في المنى المكس .
(٥) عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٩١ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٧٨ - منصور مصطفى
منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ - ص ٩٧ ، ومع ذلك أنظر ص ٩٧ .
(٦) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ - محمد علي عروة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ -
ص ٢٤٠ - إسماعيل غانم جزء أول فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ - حسن كيرة
فقرة ٦٤ - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

٥٥٨ - ما أُرغله التقنين المدني الجديد منه تعدّلات على التقنين المدني

السابق في خصوص من الارتفاق : أهم ما استحدثه التقنين المدني الجديد من التعديلات في هذا الخصوص هو أنه ميز تمييزاً واضحاً ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو قيد يخرج بالعقار عن التنظيم العام المألوف في حق الملكية ، وبين قيود الملكية التي يفرضها القانون وهي قيود تمثل هذا التنظيم العام المألوف ، وذلك على النحو الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

وأكل التقنين المدني الجديد أسباب كسب حق الارتفاق ، فأضاف إلى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلي (م ١٠١٧ مدني) ، وكان هذا السبب على أهميته مسكوتاً عنه في التقنين المدني السابق . واستحدثت تعديلاً هاماً في كسب حق الارتفاق بالتقادم ، فلم يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وبذلك استبعد شرط الاستمرار ، ونص صراحة على أن حق المرور ، وهو حق ارتفاق غير مستمر ، يجوز كسبه بالتقادم متى كان ظاهراً (م ١٠١٦ / ٢ مدني) . وحسم خلافاً كان قائماً في عهد التقنين المدني السابق في طبيعة القيود التي تفرضها عادة شركات الأراضي على المالك عند إقامة بناء في الأرض التي اشتراها من الشركة ، فقرر أن هذه القيود تعتبر في الأصل حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وأن الضرر الذي ينشأ عن مخالفة هذه القيود تمكن المطالبة باصلاحه عينا ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية (م ١٠١٨ مدني) .

وأدخل مرونة كبيرة في استعمال حق الارتفاق ، فأجاز تعديل هذا الحق أو نقله إلى عقار آخر أو زواله ، إذا كان ذلك يدفع الضرر عن العقار المرتفق به دون أن يصيب العقار المرتفق بخسارة جسيمة . وأجاز أيضاً إنهاء حق

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ - كان التقنين المدني السابق ، ناهجاً في ذلك نهج التقنين المدني الفرنسي ، يخلط ما بين حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على حق الملكية ، فيعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، ويدرجها مع حقوق الارتفاق التي يرتبها العقد ، كما فعل التقنين المدني الفرنسي . ولذلك كانت هذه القيود يطلق عليها ، في عهد التقنين المدني السابق ، اسم حقوق الارتفاق القانونية ، وتعتبر حقوق ارتفاق مصدرها القانون بدلاً من أن يكون مصدرها العقد .

الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، أو إذا لم يعد للارتفاق المنفعة التي كانت له (١) .

٥٥٩ - قطة البحث : ونبحث حق الارتفاق في فصول ثلاثة :

(١) أسباب كسب حق الارتفاق . (٢) الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق . (٣) أسباب انتهاء حق الارتفاق .

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

٥٦٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - « حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث » .
- ٢ - « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٦١ - ٩٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ . وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ - ٥٨ (٣) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ - ص ٦٢٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٠ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٥ - ص ٦٢٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٦١ : ينتج الارتفاق إما من للوضعية الطبيعية للأماكن ، وإما من التزامات مفروضة بالقانون ، وإما من اتفاقات مسقودة بين ملاك المقارات .

م ٩٦٢ : ١ - خلافاً للنصوص المتعلقة بالسجل العقاري تعلّى من الشهر حقوق الارتفاق الناتجة عن للوضعية الطبيعية للأماكن وعن الالتزامات المفروضة بالقانون . ٢ - به أن الارتفاق المختص بحق المرور المائد لأرض محاطة بأرض أخرى يمكن تحصيله بوضوح . ٤ - بناء على طلب ملاك المقار المرتفق به .

ويجب أن نميز تمييزاً دقيقاً بين كسب حق الارتفاق انتقالاً وبين كسبه ابتداءً .

٥٦١ - كسب حق الارتفاق انتقالاً : وهنا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع . فعندما نحشا حق الانتفاع انتقالاً (١) ، كان مفروضاً أن حق الانتفاع قد تم إنشاؤه وأنه ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . أما حق الارتفاق فلا يتصور ، بعد أن يتم إنشاؤه ، أن ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . وإنما هو ينتقل بالضرورة مع العقار المرتفق وتبعاً له ، لأنه حق تابع كما سبق القول (٢) . فكسب حق الارتفاق انتقالاً إذن إنما يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار المرتفق ، فأينما تنتقل ملكية هذا العقار ينتقل معها حق الارتفاق .

وعلى ذلك لا توجد أسباب خاصة لكسب حق الارتفاق انتقالاً ، بل هي نفس الأسباب التي تنتقل بها ملكية العقار المرتفق . فالعقار الذي تقرر لفائده حق ارتفاق تنتقل ملكيته بالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم ، وقد استبعدنا الاستيلاء لأن الملكية تكسب به ابتداءً ، واستبعدنا الالتصاق لأنه لا يتصور فيما نحن بصددده . وكذلك ينتقل حق الارتفاق المقرر لفائدة هذا العقار بالأسباب نفسها ، فإذا انتقل العقار بالميراث انتقل معه حق الارتفاق بالميراث أيضاً ، أو انتقل بالوصية أو العقد أو الشفعة أو التقادم انتقل معه حق الارتفاق بأي سبب من هذه الأسباب .

(والتقنين المدني السوري يحار قانون الملكية العقارية البناني والتقنين الفرنسي ، ويدخل ضمن حقوق الارتفاق القيود القانونية الواردة على حق الملكية . ولا يورد النص السوري من بين أسباب كسب حق الارتفاق التقادم ولا تخصيص المالك الأصل) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية البناني م ٥٧ (مطابقة للمادة ٩٦١ مدني سوري ، والنص السوري

مأخوذ من هذه المادة) .

م ٥٨ (موافقة للمادة ٩٦٢ مدني سوري ، والنص السوري مأخوذ من هذه المادة) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

ولا يعني هنا أن نبحث هذه الأسباب ، فقد سبق بحثها عند الكلام في أسباب كسب الملكية . والذي يعني هنا هو بحث أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لا أسباب كسبه انتقالا .

٥٦٢ - كسب من الارتفاق ابتداء : والمفروض في كسب حق الارتفاق ابتداء أن هذا الحق لم ينشأ بعد ، والمقصود هو بحث الأسباب التي تنشأ . فالأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء هي إذن نفس الأسباب التي تنشأ هذا الحق .

وإذا استعرضنا أسباب كسب الملكية لرى ما ينطبق منها على حق الارتفاق ، وجب استبعاد الاستيلاء والاتصاف لاستحالتهما ، ووجب أيضاً استبعاد الميراث والشفعة لأنهما سيان لكسب حق الارتفاق انتقالا ، لا لكسبه ابتداء . ويبقى بعد ذلك الوصية والعقد - أى التصرف القانوني - والتقادم ، فهذه هي الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، أى الأسباب التي تنشأ . ويدخل في هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلي ، فسرى أنه يقوم على اتفاق ضمنى ، أى على تصرف قانوني .

وقد حددت المادة ١٠١٦ مدني ، فيما رأينا (١) ، هذه الأسباب ، فذكرت العمل القانوني (أى التصرف القانوني) والتقادم ، ويجب استكمالها بتخصيص المالك الأصلي وقد ورد في المادة ١٠١٨ فيما سئرى - غير أن المادة ١٠١٦ ذكرت أيضاً ، إلى جانب هذه الأسباب ، الميراث ، وذكر الميراث هنا غير دقيق لأنه سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا ابتداء (٢) . فالواجب إذن قصر المادة ١٠١٦ على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لأن كسبه انتقالا لا يعني كما سبق القول ، وحذف الميراث من بين الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء (٣) .

(١) أنظر آتفاًقرة ٥٦٠ .

(٢) وإذا كان المراد تعداد الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، فإن الميراث لا يدخل ضمن هذه الأسباب ، لأنه كما قلنا سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا لكسبه ابتداء . أما إذا كان المراد تعداد جميع الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ، ابتداء كان ذلك أو انتقالا ، فلماذا لم يورد النص الشفعة ضمن هذه الأسباب ، وهي كالميراث يكسب بها حق الارتفاق انتقالا ؟

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٢٨ .

وتكون الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداءً إذن . أو الأسباب التي تنشئ حق الارتفاق ، هي : (١) التصرف القانوني ، أي العقد والوصية . (٢) تخصيص المالك الأصلي ، وقد قلنا أنه اتفاق ضمني فيلحق بالتصرف القانوني . (٣) التقادم المكسب .

المبحث الأول

التصرف القانوني

(acte juridique)

٥٦٣ - مآلناه : نبحث في هذا الصدد : (١) أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق . (٢) الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق .

المطلب الأول

أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق

٥٦٤ - العقر والوصية : التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق إما أن يكون اتفاقاً صادراً من الجانبين وهذا هو العقد ، أو أن يكون إرادة منفردة صادرة من جانب واحد وهذه هي الوصية . والعقد هو السبب المألوف لكسب حق الارتفاق ابتداءً ، وهو الذي يلجأ إليه عادة مالكا العقار المرتفق والعقار المرتفق به لإنشاء حق ارتفاق على العقار الثاني لفائدة العقار الأول . أما الوصية فنادرة الوقوع . والأسباب الأخرى لإنشاء حق الارتفاق ، وهي تخصيص المالك الأصلي والتقادم ، هي أيضاً أقل وقوعاً من العقد . والوصية تصرف قانوني واحد لا يتنوع ، وتصدر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به ، يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصي له . أما العقد الذي ينشئ حق الارتفاق فيتنوع . وهو إما عقد معاوضة أو عقد تبرع . وعلى رأس عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق البيع ، وبه ينشئ مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل ثمن من النقود . ويكون مالك العقار المرتفق به هو

البائع ، ومالك العقار المرتفق هو المشتري ، والشئ المبيع هو حق الارتفاق . وقد يكون عند المعاوضة الذي ينشئ حق الارتفاق معاوضة . فيصح مثلاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق حق ارتفاق على عقاره لفائدة العقار المرتفق به ، فيكون كل من العقارين عقاراً مرتفقاً وعقاراً مرتفقاً به . مثل ذلك أن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر ، فيكون لكل من العقارين حق ارتفاق بالمرور في العقار الآخر . ويصح أيضاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق على هذا العقار أو على عقار آخر يملكه حق انتفاع لمصلحة مالك العقار المرتفق به يدوم طول حياة المستمع . وقد تكون المعاوضة ترتيب حق ارتفاق على عقار ، في مقابل نقل ملكية عقار أو منقول لصاحب العقار المرتفق به . ومن عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق الوفاء بمقابل ، فيصح أن يرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة حق عقار آخر هو العقار المرتفق ، وفاء لدين في ذمة صاحب العقار المرتفق به لصاحب العقار المرتفق . وهكذا تنوع عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق .

أما عقد التبرع الذي ينشئ حق الارتفاق فهو الهبة ، فيرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، وذلك دون مقابل . فيكون صاحب العقار المرتفق به هو الواهب ، وصاحب العقار المرتفق هو الموهوب له ، والشئ الموهوب هو حق الارتفاق .

وفي كل ما قلناه يكون التصرف القانوني سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الإنشاء (par voie de constitution) . وقد يكون التصرف القانوني ، كما في حق الانتفاع ، سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention) . فيبيع مثلاً مالك العقار عقاره لشخص ، ويحتفظ في عقد البيع بحق ارتفاق يرتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع .

والتصرف القانوني أياً كان ، عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية ، ينشئ حق الارتفاق من أى تقسيم كان . فينشئ حق الارتفاق المستمر كحق الشرب ، كما ينشئ حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور . وينشئ حق الارتفاق الظاهر كحق المثل ، كما ينشئ حق الارتفاق غير الظاهر كحق رعى المواشى . وينشئ حق الارتفاق الإيجابي كحق اغتراف المياه ، كما ينشئ حق الارتفاق السلبي كالحق في علم البناء (١) . أما الأسباب الأخرى التي تنشئ حق الارتفاق ، وهي تخصيص المالك الأصلي والتقدم ، فلا تنشئ من حقوق الارتفاق إلا ما كان ظاهراً ، فلا تنشئ حق الارتفاق غير الظاهر ، ولا تنشئ حق الارتفاق السلبي لأنه يكون دائماً غير ظاهر كما سبق القول (٢) .

٥٦٥ - **الاعطام الشكلية للتصرف القانوني** : ونجب مراعاة الأوضاع الشكلية اللازمة للتصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق . فإذا كان هذا التصرف القانوني وصية أو هبة ، وجب إفراغه في الشكل الذي يتطلبه القانون . أما إذا كان التصرف عقد معاوضة كالبيع ، فلا يلزم لاتعاقده شكل خاص .

وتسرى في إثبات التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق القواعد العامة المقررة في الإثبات . فإذا كانت قيمة حق الارتفاق تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يثبت التصرف القانوني إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم ترد قيمة حق الارتفاق على عشرة جنيهات ، وهذا نادر ، جاز إثبات التصرف القانوني بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك اليانة والقرائن .

٥٦٦ - **الاعطام الموضوعية للتصرف القانوني** : وتسرى القواعد العامة أيضاً في الأحكام الموضوعية التي تخضع لها التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق .

(١) بودرى وشوفو ققرة ١٠٩٤ ص ٨٢٢ - بلانبول وريير وبيكار ٢ ققرة ٩٥٠

ص ٩٢٨ .

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٥٥٦ .

فإذا كان هذا التصرف وصية ، سرت أحكام الوصية من حيث وجوب توافر شروط الصحة في الوصى له وفي الموصى به (١) ، ومن حيث جواز رجوع الموصى عن الوصية (٢) ، ومن حيث جواز قبول الموصى له للوصية ورده إياها (٣) ، ومن حيث جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره (٤) ، وتسرى كذلك الأحكام للموضوعية الأخرى .

وإذا كان التصرف المتشبه لحق الارتفاق عقداً ، معاوضة أو تبرعاً ، سرت الأحكام الموضوعية التي تخضع لها عقود المعاوضة أو عقود التبرع ، والمتعاقدان هما من يرتب حق العقار ومن يرتب له هذا الحق .

فمن يرتب حق الارتفاق يجب أن يكون المالك للعقار المرتفق به . ويجب أن يكون أهلاً للتصرف إذا كان عقد معاوضة ، أو أهلاً للتبرع إذا كان العقد تبرعاً . ويجوز أن يكون مالكا في الشيوع للعقار المرتفق به ، وفي هذه الحالة يجب رضا سائر الملاك في الشيوع لأنه لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع في العقار ، بل يجب أن يكون حق الارتفاق مترتباً على العقار الشائع في مجموعه ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك في الشيوع (٥) . ولما كان حق الارتفاق يجوز تعليقه على شرط كما سيأتي ، فإنه يجوز لشخص أن يرتب حق ارتفاق على عقار لم يملكه بعد ، ويعلق الحق على شرط واقف هو أن يملك هذا العقار (٦) . كذلك يجوز ترتيب حق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية من قبل ، كحق ارتفاق سابق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمي . وفي هذه الحالة لا يجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق

(١) انظر آتفاً فقرة ٧٤ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٧٥ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٧٦ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٧٨ .

(٥) انظر آتفاً فقرة ٥٥٠ في آخرها - وإذا لم يرتب حق الارتفاق إلا لأحد الملاك في الشيوع ، فإن نصير الحق يتوقف على نتيجة القسمة ، فإن وقع العقار كله في نصيب المالك الذي رتب حق الارتفاق نفذ الحق بفضل الأثر الرجعي للقسمة ، وإلا سقط (بودي وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - بلانبول وريير ويكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨) .

(٦) انظر آتفاً فقرة ٥٤٩ في آخرها في المائش - بودي وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ .

الجديد ؛ إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق (١) ؛ وإذا كان مالك العقار المرتفق به لا يملك إلا رقبته ، فإن حق الارتفاق الذي يترتب على العقار لا يجوز أن يضار به صاحب الانتفاع (٢) . أما صاحب الانتفاع نفسه ، فلا يملك أن يترتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لا يملك رقبته ، ولا على حق الانتفاع لأن حق الارتفاق إنما يترتب على الرقبة (٣) . وإذا كان مالك العقار المرتفق به يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق به ، ولو كان حسن النية ، فإن حق الارتفاق الذي يترتب على العقار لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي للعقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملك العقار بالتقادم (٤) .

ومن يترتب له حق الارتفاق يجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق . ويجب أن يكون أهلا للتصرف إذا كان قد تلقى حق الارتفاق بعوض ، ولا تشترط فيه أهلية التصرف بل تكفي أهلية التعاقد إذا كان قد تلقى حق الارتفاق تبرعاً . وقد يتم التعاقد باسم مالك العقار المرتفق ويكون ذلك في الوكالة والفضالة ، أو يتم لمصلحة هذا المالك ويكون ذلك في الاشتراط لمصلحة

(١) فلا يجوز أن يتعارض هذا الحق الأخير مع حق ارتفاق سابق أو مع حق انتفاع ، كما يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون باعتباره خالياً من حق الارتفاق الذي سجل بعد قيده (أوبري ورد ٣ ققرة ٢٥٠ ص ١٠٢ وهاش ٨٧ - بودري وشوفو ققرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ - ص ٨٢٨ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٩٥١) . وانظر فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على عقار مرهون استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحللة ١٧ رقم ٤٢٨ ص ٨٦٨ .

(٢) فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع حق صاحب الانتفاع ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (انظر آنفاً ققرة ٥٢٧ - بودري وشوفو ققرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧) .

(٣) وكل ما يملك هو أن يترتب في ذمة التزاماً شخصياً نحو مالك العقار الآخر (انظر آنفاً ققرة ٥٠٧ في آخرها في الهامش - بودري وشوفو ققرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧) . وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة ققرة ٩٣ ص ١١٦ وققرة ٢٢٨ ص ٢٢٣ هاش ١) .

(٤) بودري وشوفو ققرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - ولا يجوز من باب أولى للمستأجر أن يترتب على العقار المؤجر حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور يملكه له (استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٩) .

الغير وفي التعهد عن الغير (١) . ويجوز أن يكون مالك العقار المرتفق مالكا له في الشيوع مع شركاء آخرين ، وفي هذه الحالة لا ينفذ حق الارتفاق إلا برضاء هؤلاء الشركاء الآخرين حتى يتقرر حق الارتفاق لفائدة كل العقار الشائع ، أو إلا إذا وقع العقار الشائع عند القسمة في نصيب الشريك الذي تعاقد على حق الارتفاق (٢) . ويجوز للشخص أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة عقار لم يملكه بعد ، ويكون حق الارتفاق في هذه الحالة معاقفاً على شرط واقف هو أن يملك الشخص هذا العقار (٣) . ويجوز من باب أولى أن يكون مالك العقار المرتفق ، الذي يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار ، لا يملك إلا رقبة هذا العقار . أما صاحب حق الانتفاع فليست له صفة في الحصول على حق ارتفاق لفائدة العقار المنتفع به ، وكل ما يملك هو أن يحصل على حق شخصي يكون محله الأعمال المكونة لمحق الارتفاق (٤) . وإذا كان مالك العقار المرتفق يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها (٥) . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق ، ولو كان حسن النية ، فإنه لا يمكن أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملكه بالتقادم (٦) .

هذا إذا كسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني ، عقداً كان التصرف أو وصية ، فإنه يجوز تعليق حق الارتفاق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بالشرط . كما يجوز أن يكون حق الارتفاق

-
- (١) لوبري وروقرة ٢٥٠ ص ١٠٣ - بودري وشوفو ققرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٩٥١ ص ٩٢٨ .
 (٢) بودري وشوفو ققرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .
 (٣) بودري وشوفو ققرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .
 (٤) بودري وشوفو ققرة ١٠٩٨ .
 (٥) بودري وشوفو ققرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .
 (٦) بودري وشوفو ققرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ - وهناك رأي يذهب إلى جواز أن يحصل الحائز على حق ارتفاق لمصلحة العقار الذي يجوز ، وتطبق عندئذ أحكام الفضالة (شفيق فحاته ققرة ٢٢٧ ص ٢٢٢) .

مقترناً بأجل فاسخ أو بأجل واقف ، فيترتب لمدة معينة ينتهي بانقضائها ، أو يترتب عند حلول أجل معين . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فيما هو المقصود بأن حق الارتفاق حق دائم (١) .

٥٦٧ _ التسجيل : ولما كان حق الارتفاق هو دائماً حق عيني عقارى ،

فإن التصرف القانوني الذي ينشئه يجب دائماً تسجيله .

فاذا كان التصرف القانوني عقداً ، معاوضة كان أو تبرعاً ، فإن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، إلا بتسجيل العقد . وتسرى جميع قواعد التسجيل المقررة في هذا الشأن (٢) .

وإذا كان التصرف القانوني وصية ، وجب أيضاً تسجيلها طبقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري الذي ورد فيه ذكر الوصية بالذات . وجزاء عدم تسجيل الوصية أن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ، ولا فيما الورثة والموصى له بحق الارتفاق (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ - ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، حيث قضى بأحقية المدعى في الرى والصرف من مسق ومصرف معينين استناداً إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعى عليه وبين ملك الأتيطان الأصليين الذين آلت إليهم الملكية من المدعى ، قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هذا الاتفاق، منشأ كان أو مقررأ ، إن هو إلا من توابع الأتيطان ينتقل معها إلى من توول إليهم ملكيتها ، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير من توول إليهم ملكية الأتيطان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للمشرط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة ، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعى عليه مالك أوغير مالك لمجرى المصرف أوالمسق ، وهل هو صاحب حق في مياهما أولاً ، فإن كان مالكا أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشئ للحق الذي هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين الماقدين أنفسهم ، أم مقرر له فلا يلزم تسجيله ، أما إن لم يكن مالكا ولا صاحب حق فيكون هذا الاتفاق مجرد تمهد بعدم التعرض من جانب المدعى عليه فيما ليس له حق فيه ويكون القضاء للمدعى بالحق في ترى والصرف غير متوقف على وجوده وعلى تسجيله - فهذا الحكم يكون معذوم الأساس ، معجزاً محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون (نقض ملق ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٧٠ رقم ٢٥) .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك آنفاً فقرة ٨٦ .

المطلب الثاني

الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق

٥٦٨ - تطبيق القواعد العامة : بعد أن طبقنا القواعد العامة على التصرف

القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق فيما يتعلق بطرفيه مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، ننتقل الآن إلى تطبيق القواعد العامة على محل التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق . وهذا المحل هو نفس مضمون حق الارتفاق .

ولما كان مضمون حق الارتفاق هو قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين في العقار المرتفق به في الارتفاق الإيجابي ، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين في عقاره في الارتفاق السلبي ، فهذا العمل أو هذا الامتناع عن العمل يجب أن يكون ، طبقاً للقواعد العامة . مشروعاً . أي غير مخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب . وقل أن يوجد تطبيق عملي لحق ارتفاق غير مشروع ، وإذا وجد فإن التصرف القانوني الذي أنشأ حق الارتفاق يكون باطلاً . فيمكن أن نتصور مثلاً أن مالك العقار المرتفق به باع لمالك العقار المرتفق حق ارتفاق بالمرور في أرضه حاملاً معه أشياء مهربة (contrebande) أو مخدرات أو حشيشاً أو أسلحة غير مرخص فيها أو غير ذلك من الأشياء الممنوعة ، فيكون بيع حق الارتفاق في هذه الحالة باطلاً لمخالفة المحل للقانون وللنظام العام ^(١) .

والذي يقع عادة أن يكون مضمون حق الارتفاق عملاً من الأعمال التي تدخل في نطاق حق الملكية . فاما أن يقوم به مالك العقار المرتفق في العقار المرتفق به ، كأن يمر في هذا العقار ، فينتقص من نطاق ملكيته . أو أن يمتنع عن القيام به مالك العقار المرتفق به ، كأن يمتنع عن البناء في أرضه ، فيكون في هذا أيضاً انتقاص من نطاق ملكيته . والأعمال التي تدخل في نطاق الملكية . ويصح أن تكون مضموناً لحق الارتفاق أو محلاً له . كثيرة متنوعة ^(٢) . منها أعمال سبق أن جعلها المشرع ، بشروط معينة . مضموناً للقيود القانونية

(١) بودري وشوفو ققرة ١٠٧٢ - بلانيول وزيير ويكار ٣ ققرة ٩٤٠ ص ٩١٧ .

(٢) وللأفراد أن يختاروا ما يشاؤون منها ، في حدود القانون والنظام العام والآداب .

فيجعلوها مضموناً أو محلاً لحقوق ارتفاق إرادية (انظر م ٦٨٦ مدني فرنسي) .

التي أوردتها على حق الملكية ، فيعمد الأفراد بإرادتهم ، وخارج هذه الشروط إلى جعلها مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ومنها أعمال لا شأن لها بمضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، ولكن الأفراد يختارونها ليجعلوها هي أيضاً مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ونستعرض كلا من هاتين الطائفتين من الأعمال .

٥٦٩ - تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق

ارتفاق إرادية : وقد سبق أن بسطنا ، عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، القيود القانونية التي ترد على حق الملكية للمصاحبة الخاصة ، وقسمناها إلى حالات ترجع إلى الزرع والصرف من شرب ويجرى ومسيل ، وحالات ترجع إلى التلاصق في الجوار وتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطلات (١) . وقررنا أن التكييف الصحيح لهذه الحالات هي أنها قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست حقوق ارتفاق حقيقية . فحق الارتفاق الحقيقي هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف . بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) .

ولكن هذه القيود القانونية قد تتحول إلى حقوق ارتفاق حقيقية . إذا هي خرجت عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية . ويكون ذلك بالألا تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون لفرض هذه القيود ، وبالرغم من ذلك يفرضها الأفراد بإرادتهم ، فيخرجون بها عن التنظيم العام المألوف الذي فرضه القانون وجعل له شروطاً لم تراعى الأفراد توافرها . ومن أجل ذلك قلنا إن هذه القيود تتحول من قيود قانونية توافرت فيها شروط التنظيم العام المألوف الذي وضعه القانون لحق الملكية ، إلى حقوق ارتفاق حقيقية تخرج على هذا التنظيم العام المألوف إذ هي لم تتوافر فيها شروطه . ونستعرض هذه القيود القانونية قيداً قيداً ، لنرى كيف تتحول على هذا النحو من قيود قانونية إلى حقوق

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٤١ - فقرة ٤٨٢ .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٥٥٧ - وأنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

ارتفاع حقيقة . فلم للمأ سرياً ، بهذا القصد ، بقيود الشرب والمجرى والمسيل ووضع الحدود والمرور والمطل.

أما الشرب ، فحتى يكون قيداً يرد على ملكية صاحب المسقاة وليس بحق ارتفاع ، يجب أن يكون صاحب المسقاة قد استوفى حاجته منها لرى أرضه رياً كافياً وفاضت منها مياه بعد ذلك ، وأن تكون أرض الجار مجاورة لأرض صاحب المسقاة ، وأن يكون الجار فى حاجة إلى رى أرضه (١) . ويمكن تحويل هذا القيد إلى حق ارتفاع إذا اختلف شرط من هذه الشروط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجار الحق بحكم القانون فى أن يأخذ ما فاض من مياه المسقاة لرى أرضه . إذ يجوز عندئذ للجار أن يتفق مع صاحب المسقاة فى أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من هذه المسقاة ، بمقابل أو بغير مقابل بحسب ما يتفقان عليه . فإذا كان أرض الجار غير ملاصقة لأرض المسقاة ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك إذا اتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من المسقاة ، كان هذا الاتفاق وهو تصرف قانونى منشأً لحق ارتفاع إرادى ، وهو حق ارتفاع حقيقى وليس قيداً قانونياً كما يكون الأمر لو أن شرط التلاصق فى الجوار قد توافر . وبذلك يتحول القيد القانونى بالشرب إلى حق ارتفاع بالشرب ، مصدره التصرف القانونى (الاتفاق) لا القانون . ويكون مضمون حق الارتفاع بالشرب هنا هو نفس مضمون القيد القانونى بالشرب ، أو يكون أوسع أو أضيق بحسب ما يحدده الاتفاق . وكذلك الحال لو أن المسقاة لا يفيض منها مياه بعد أن يروى صاحبها أرضه منها رياً كافياً ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك يتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من المسقاة ، ويكون صاحب المسقاة فى هذا الفرض قد اكتفى برى أرضه رياً جزئياً أو حفر بئر لإرتوازيها ليستكمل ربه أو اتخذ غير تلك من التدابير حتى يتمكن أن يرتب حق ارتفاع بالشرب على مسقاته لمصلحة جاره .

(١) الوسيط ٨ ققرة ٤٤٤ - ققرة ٤٤٧ .

وأما المجرى والمسيل ، فعنى يكونا قيدين على ملكية مالك الأرض وليساً بحق ارتفاق ، يجب أن يكون الجار الذى يطلبهما من مالك الأرض فى حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق الصرف (١) . ويمكن تحويل هذين القيدين إلى حق ارتفاق إذا اختل هذا الشرط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجدار بحكم القانون أن يحصل فى أرض جاره على مجرى أو مصرف . فإذا كان الجار لديه وسيلة أخرى للرى كأن كان يستطيع رى أرضه رياً كافياً عن طريق آبار إرتوازية ، أو كانت لديه وسيلة أخرى للصرف كأن كان يستطيع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، لم يعد له عند ذلك أن يطلب حق المجرى أو حق المسيل فى أرض جاره ، ولكنه يستطيع مع ذلك أن يتفق مع مالك الأرض ، بمقابل أو بغير مقابل ، على أن يكون له فى الأرض حق ارتفاق بالمجرى أو حق ارتفاق بالمسيل . وبذلك يتحول القيد القانونى بالمجرى إلى حق ارتفاق بالمجرى ، والقيد القانونى بالمسيل إلى حق ارتفاق بالمسيل ، ومصدر كل من هذين الحقين الاتفاق لا القانون .

وأما وضع الحدود فهو قيد على حق الملكية ، إذ أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى وضع الحدود ، فتتقيد بذلك حرية فى ملكه بعد أن كان حراً فى تحديد هذا الملك أو عدم تحديده (٢) . وكل ما يستطيع المالك أن يطالب به جاره الملاصق بموجب هذا القيد القانونى ، هو أن يشاركه فى إقامة حدود ثابتة بين أرضيهما . فإذا زاد على ذلك ، وطلب من جاره مثلاً تحويط أرضه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ، لم يجبر الجار على هذا التحويط (م ١/٨١٨ مدنى) (٣) . ومع ذلك إذا اتفق الجاران على أن يكون لكل منهما حق ارتفاق على أرض الآخر ، بأن يشتركا فى تحويط أرضيهما دون الاقتصار على وضع حدود ثابتة بينهما ، فبأماننا بذلك فضول الناس وعيث العابثين وسطو اللصوص ، كان هذا الاتفاق منشأً لحق ارتفاق

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٢ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٦ - فقرة ٤٦٣ .

(٣) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٤ وفقرة ٦٠٩ - فقرة ٦١٠ .

إرادى . وبذلك يتحول القيد القانونى بوضع الحدود إلى حق ارتفاق بالتحويط ويكون مصدر حق الارتفاق بالتحويط هو الاتفاق لا القانون، ومضمونه تحويط الملكين لا الاقتصار على وضع الحدود فيما بينهما .

وأما المرور ، فحتى يكون قيداً قانونياً على أرض الجار ، يجب أن تكون أرض المالك المجاور محبوسة عن الطريق العام ، ولا منفذ لها إلا بالمرور من أرض الجار (١) . فإذا فرض أن المالك المجاور قد حصل على حق المرور من أرض الجار ، ثم انفك حبس أرضه ، بأن استحدث مثلاً طريق عام بجوارها أو كسب المالك ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فانفك بهذا المنفذ حبس أرضه الأولى ، فإن حق المرور يفقد السبب فى بقاءه ومن ثم يزول . ذلك أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التى يمارس صاحبها حق المرور ، فإذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فإذا طالب هذا الأخير بإنهاء حق المرور كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر آخر يودى إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور متفقاً على ذلك مع المالك المجاور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور فى هذه الحالة ينقلب من قيد قانونى مصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقى مصدره الارتفاق (٢) . كذلك ينقلب القيد القانونى إلى حق ارتفاق حقيقى إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اتفق مع الجار على أن يمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً ، أو كان هو الطريق الأطول دون مبرر ، أو كانت الأرض غير محبوسة ولكن صاحبها اتفق مع الجار على المرور فى أرضه لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر .

وأما المطل ، فانه إذا كان مطلاً مواجهها وجب ألا يفتح على مسافة تقل عن متر من حدود ملك الجار ، وإذا كان مطلاً منحرفاً قلت المسافة فأصبحت نصف متر بدلاً من متر (٣) . فإذا استوفى المطل حدود هذه المسافة ، لم

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٤٧٥ .

يعتبر ، مواجهها كان أو متحرراً ، حق ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور . ويتقلب هذا القيد إلى حق ارتفاق ، إذا اتفق صاحب المثل مع صاحب العقار المجاور على فتح المثل على مسافة أقل من المسافة القانونية ، فيفتح المثل المواجه على مسافة أقل من متر ، أو المثل المنحرف على مسافة أقل من نصف متر . وفي هذه الحالة يتم الانقلاب من وجهين : يتحول القيد القانوني ومصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقي ومصدره الاتفاق ، ثم إن القيد القانوني الذي كان مقررأ لمصلحة العقار المجاور يتقلب إلى حق ارتفاق على هذا العقار لا لمصلحته . وإذا تم لصاحب المثل كسب حق الارتفاق بالمثل على هذا الوجه ، فليس لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن المثل المفتوح بمسافة متر أو نصف متر بحسب ما يكون المثل مواجهاً أو منحرفاً ، وذلك حتى يسلم للمثل مسافته القانونية . فإذا التزم صاحب العقار المجاور ترك المسافة القانونية من جد المثل وأقام بناء ، فليس لصاحب المثل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاق بالمثل وقد سلم له مظهره بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء ، وإذا أقام صاحب العقار المجاور حائطاً في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلاً بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فإذا كان المثل الأول مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً يبعد عن المثل أي عن الخط الفاصل بمسافة متر ، وله في هذه الحالة أن يفتح مطلاً مواجهاً في حائطه لأن هذا المثل يكون في هذه الحالة مفتوحاً في حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر (١) .

٥٧٠ - اعتبار أعمال أخرى غير داخلة في القيود القانونية الواردة

على من الملكية محرم لحقوق ارتفاق إرادية : وفيما قدمناه (٢) بيان بأهم الأعمال التي تصح أن تكون مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية ، استعيرت من

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٩ .

مضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن حولنا هذه القيود القانونية إلى حقوق ارتفاق إرادية على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم . ولكن حقوق الارتفاق الإرادية لا تنقيد ، كما تنقيد القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، بمضمون معين . بل إن الإرادة حرة تختار ما تشاء من الأعمال مضموناً لحقوق الارتفاق الإرادية ، في حدود القانون والنظام العام والآداب . ولذلك جاز للأفراد أن يتفقوا على حقوق ارتفاق يكون مضمونها أعمالاً غير الأعمال التي سردناها فيما تقدم . ونذكر على سبيل المثال ، لا على سبيل الحصر ، بعض حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها عن طريق التصرف القانوني ، فتنشئها الإرادة ، عقداً كانت أو وصية .

فهناك حقوق ارتفاق إيجابية . ومن أمثلتها حق الارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، وحق الارتفاق برعى المواشي (pacage) ، وحق الارتفاق باستخراج الأحجار والمعادن والمواد الأخرى (extraction de matériaux) ، وحق الارتفاق بمسيل مياه المطر والمياه المترلية (égout des eaux pluviales et des eaux menagères) ، وحق الارتفاق بالقاء القمامة (jeter des immondices) ، وحق الارتفاق بالاحتطاب (prendre des bois nécessaires au chauffage) ، وحق الارتفاق بوضع عوارض من الخشب على الحائط الفاصل (plaquer des poutres et des solives dans le mur du voisin) ، وحق الارتفاق باختراق عقار الجار لإصلاح منزل أو حائط ملاصق (tour d'échelle) وغير ذلك من حقوق الارتفاق^(١) .

وهناك حقوق ارتفاق سلبية . ومن أمثلتها حق الارتفاق بعدم البناء (aedificandi) ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين (non altius tollendi) ، وحق الارتفاق بعدم البناء في أزيد من

(١) ومن ذلك تحميل منزل المالك أو جداره على منزل الجار أو جداره : servitude d'appui . وحق الشفة abreuvement ، والحق في توصيل حيوانات عقار إلى عين أو غدير أو مستنقع يملك لآخر لتشرب منها ويشتمل هذا حق المرعى parage et pâturage . انظر في ذلك محمد كامل - رمى ٢ بقرة ٤٦٣ وبقرة ٤٦٧ وبقرة ٤٦٨ .

مساحة رقعة معينة (م ١٠١٨ مدني) ، وحق الارتفاق بالرؤية (prospect)
 وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية (non fodiendi) ،
 وحق الارتفاق بعدم مسئولية مستغل المنجم (concessionnaire d'unemine) عن
 الأضرار التي تنجم عن استغلاله وتصيب سطح الأرض .

وهذا كله إلى جانب حقوق الارتفاق المترعة من القيود القانونية
 الواردة على حق الملكية بعد أن تحولت هذه القيود إلى حقوق ارتفاق حقيقية :
 حق الارتفاق بالشرب ، وحق الارتفاق بالمجرى ، وحق الارتفاق بالمسيل ،
 وحق الارتفاق بوضع الحدود ، وحق الارتفاق بالمرور ، وحق الارتفاق
 بالمطل (١) .

٥٧١ - قيده أساسيه بمحداه من قوة التصرف القانوني في إنشاء

من ممتلكات : ومهما يكن من تنوع حقوق الارتفاق الإرادية ، فإن هناك
 حدوداً يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق . فإلى جانب
 القيد الرئيسي العام ، وهو ما أسلفناه من وجوب أن يكون مضمون حق
 الارتفاق الإرادي مشروعاً أي غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا
 الآداب ، هناك قيدان أساسيان آخران خاصان بحق الارتفاق يجب إضافتهما
 إلى هذا القيد الرئيسي العام . وهذان القيدان يمكن استخلاصهما من نفس
 تعريف حق الارتفاق كما ورد في المادة ١٠١٥ مدني ، فقد رأينا (٢) هذا
 النص يقول : « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه
 شخص آخر » . فهناك إذن قيدان أساسيان يتقيد بهما حق الارتفاق بوجه عام ،
 أيما كان سبب كسب هذا الحق ، وسواء كان هذا السبب هو التصرف القانوني
 أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم . وهذان القيدان هما : (أولاً) يجب أن
 يكون حق الارتفاق بحيث يحد من منفعة عقار ، فيجب إذن أن يتقرر هذا
 الحق على عقار ، لا أن يفرض على شخص . (ثانياً) ويجب أن يتقرر حق
 الارتفاق لفائدة عقار غير العقار الأول يملكه شخص آخر ، فيجب إذن

(١) انظر بياناً مستوف بحقوق الارتفاق المتنوعة في بلانيول وريبير وبيكار ٣قرة

٩٤٠ ص ٩١٧ هامش ١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .

أن يتقرر هذا الحق لفائدة عقار ، لا لفائدة شخص (١)
 فحق الارتفاق إذن يترتب على عقار لا على شخص ، وينشأ لفائدة
 عقار لا لفائدة شخص . هذان هما القيدان الأساسيان اللذان نتولى الآن بحثهما ،
 وقد وردا صراحة في المادة ٦٨٦ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقول عن
 التكاليف التي يقررها حق الارتفاق أنها « يجب ألا تكون مفروضة على
 شخص ولا لمصلحة شخص ، بل يجب أن تفرض على عقار وللمصلحة عقار » (٢).

٥٧٢ - القيد الأول - هو الارتفاق يتقرر على عقار لا على شخص -

نص قانوني : فلا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق التزاماً شخصياً
 يترتب في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، بل يجب
 أن يكون هذا المضمون تكليفاً عينياً يترتب على العقار المرتفق به ، ولا يترتب
 في ذمة مالكة . ذلك بأن حق الارتفاق إنما هو حق عيني متفرع عن حق
 الملكية ، فيجب أن يكون جزءاً من حق الملكية يجعل لمالك العقار المرتفق أن
 يباشر بعض سلطات الملكية على العقار المرتفق به . فحق الارتفاق ، كحق
 الملكية وكل حق عيني آخر ، سلطة مباشرة يستعملها صاحب هذا الحق على

(١) وقد كانت حقوق الارتفاق ، في العهد الإقطاعي في فرنسا ، لا تقتصر على أن تكون
 حقوقاً عينية تفرض على عقار لمصلحة عقار آخر . بل كانت تجاوز العقار إلى الشخص ،
 تفرض التزامات شخصية في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، وكانت
 بذلك تجعل ملاك العقارات المرتفق بها طبقة اجتماعية تخضع لسيادة طبقة اجتماعية أخرى هي
 طائفة ملاك العقارات المرتفقة . وقد هدمت الثورة الفرنسية كل هذه الفروق الطبقية ومحت
 ما كان عهد الإقطاع قد خلفه من سيادة أرض على أرض ، وهي سيادة تتضمن سيادة طبقة على
 طبقة . وانتقل إلى التقنين المدني الفرنسي ما قامت به الثورة الفرنسية في هذا السبيل ، فأضاف
 إلى كلمة *servitudes* التي كان عهد الإقطاع يقتصر عليها رمزاً لخضوع أرض لسيادة أرض
 أخرى ، عبارة *services fonciers* حتى يمحو هذا الرمز ، ونص صراحة في المادة ٦٣٨ منه
 على أن « حق الارتفاق لا يتضمن البتة استعلاء *prééminence* عقار على عقار آخر » (أنظر
 بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠) .

وقد بلغ الأمر ، في عهد الإقطاع ، في جعل الارتفاق يتضمن خدمات شخصية ، إلى حد
 جعل هذا الحق يفرض على صاحب العقار المرتفق به أن يقلب مياه مستنقع حتى يمنع الضفادع
 من إقلاق نوم السيد المجاور (أنظر بودري وشوفو فقرة ١٠٧٧ ص ٨١١) .

(٢) وهذه عبارة المادة ٦٨٦ مدني فرنسي الأصلية *"pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds."*

وانظر المادة ١/٩٨٧ مدني سوري ، والمادة ١/٨٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

العقار المرتفق به ذاته دون وساطة مالك هذا العقار ، فلا يترتب في ذمة هذا المالك أى التزام شخصى نحو صاحب حق الارتفاق (١) . وإذا التزم مالك العقار المرتفق به نحو مالك العقار المرتفق بالتزام شخصى ، فانما يكون ذلك لا بموجب حق الارتفاق ، بل يكون أجنياً عن هذا الحق ، وبناء على مصدر من مصادر الالتزام . ولا يلتزم مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة باعتباره مالكا لهذا العقار ، بل بصفته الشخصية . ولا ينتقل التزامه إلى من يخلفه في ملكية العقار المرتفق به ، بل ينتقل مع تركته إلى ورثته الشخصيين (٢) . ولا يجوز أن يكون هذا الالتزام الشخصى مؤبداً ، فان الالتزامات الشخصية لا تتأبد ، وهذا دليل آخر على ألا علاقة لهذا الالتزام بحق الارتفاق فان حق الارتفاق يصح أن يكون مؤبداً (٣) .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق هو التزم مالك العقار المرتفق به التزاماً شخصياً بخدمة العقار المرتفق ، على أساس أن هذا الالتزام الشخصى ينتقل إلى كل مالك للعقار المرتفق به . فلا يجوز مثلاً أن يكون هذا المضمون التزم مالك الأرض المرتفق بها بحرث الأرض المرتفقه ، أو بتسميدها ، أو بجنى محصولاتها ، أو بتسويق هذه المحصولات ، أو بتقنية اللودة والآفات الزراعية الأخرى ، أو نحو ذلك من الالتزامات الشخصية التى وإن أفادت الأرض المرتفقه ، إلا أنها التزامات تترتب في ذمة شخص ، لا تكاليف تقرر على عقار (٤) .

(١) فصاحب حق الارتفاق بالمرور مثلاً يباشر هذا الحق على أرض الجار مباشرة ، ويمر فيها ، دون أن يلتزم الجار نحوه بأى التزام شخصى *servitus non in faciendo consistit* . فلا يطلب من الجار أن يعطى على حق المرور ، أو أن يقوم بأى عمل لتسهيله من ذلك ، وكل ما يطلب من الجار هو ألا يضع أمامه حاجزاً يحول بينه وبين المرور . ذلك بأن الجار يجب عليه احترام حق الارتفاق العيني ، شأنه في ذلك شأن أى شخص آخر ، إذ يجب على الناس كافة احترام الحقوق العينية عندما يستعملها أصحابها . انظر أيضاً بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ .

(٢) فلو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، فان الالتزام لا ينتقل معه إلا في الحدود التى قررها القانون لانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وفي خارج هذه الحدود يبقى الالتزام في ذمة الشخصية ولا ينتقل مع العقار ، ويبقى بعد موته في تركته كما سبق القول .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٩ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٨ .

والذي يجوز هو أن يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوي لا يكون هو أصل مضمون الارتفاق ، بل يكون عملاً إضافياً (*accessoire*) تابعاً له ويقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٠٢١ مدني إذ تقول : « لا يلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك » (١) . فيجوز أن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ولا يجوز أن يلزم مالك العقار المرتفق أن يقوم بأي عمل ، إلا أن عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « لا يلزم » بعبارة « ولا يجوز أن يلزم » ، وأضيفت عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » ، وأصبح النص رقمه ١١٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « لمصلحة العقار المرتفق » بعد عبارة « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٦ - ص ٦٣٨) .

ويلاحظ في شأن هذا النص ما يأتي : (١) أضافت لجنة المراجعة إليه عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » دون أن تذكر سبب هذه الإضافة . وليس للإضافة معنى ، فإن المفروض أن العمل الإضافي الذي يلزم به مالك العقار المرتفق به إنما يلزم به بموجب شرط خاص ، لا أن يلزم به بموجب القانون « ما لم يشترط غير ذلك » . (٢) فصلت لجنة المراجعة النص من مكانه حيث كان فقرة ثانية للمادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدي وهو المكان المناسب ، إلى مكان أقل مناسبة ، دون أن تذكر السبب في ذلك . هذا والنص مأخوذ من المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، ولم ترد فيها عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » (مشروع تنقيح القانون المدني - المذكرة الإيضاحية جزء ٤ ص ١٣١) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن هذا النص : « أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصياً بشيء ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف ، كإصلاح حق المرور ، وله على كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٤) » .

ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالمرور ، أو بتطهير المصرف الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالمسيل ، أو بصيانة المروى أو ممر المياه الذي يستعمل فيه حق الارتفاق بالشرب أو حق الارتفاق بالمجرى . أو بكسر الأحجار أو المواد الأخرى في المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق باستخراج الأججار وغيرها من المواد ، أو باعداد التيار الكهربائي في المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق باستمداد الكهرباء (١) . وينتقل هذا الالتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه على ملكية هذا العقار (٢) . ويلاحظ في شأن هذا الالتزام أمور ثلاثة : (١) أنه التزام يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف . (٢) وأن محله ليس هو المضمون الأصلي للارتفاق ، بل هو عمل إضافي تابع لهذا المضمون الأصلي . (٣) وأنه التزام عيني يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص منه بالتخلي (abandon) عن هذا العقار (٣) .

٥٧٣ - القيد الثاني - من الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص :

وكما يجب أن يترتب حق الارتفاق على عقار لا على شخص . كذلك يجب أن ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . والمقصود بإنشاء حق الارتفاق لفائدة عقار أن يكون هناك ارتباط وثيق بين مضمون الارتفاق وبين الأغراض التي أعد لها العقار ، بحيث يكون من شأن حق الارتفاق أن يزيد في فائدة العقار أو في تجميله ، فتكون هناك علاقة طبيعية rapport de nature بين حق الارتفاق وبين العقار . فإذا لم يوجد هذا الاتصال الوثيق ، بل كان التكليف المقرر على العقار المرتفق به إنما قصد به تقديم فائدة شخصية لمالك العقار المرتفق لاصلة لها بهذا العقار الأخير . لم يجوز

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٢٢ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ ..

(٣) أنظر ماورد في الالتزام العيني في شأن هذا الالتزام : الوسيط ٨ فقرة ١٠٠

وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧٥

أن يكون هذا التكليف حق ارتفاق (١) . فإذا كان للمالك العقار الحق في التنزه في حديقة جاره وفي قطف الثمار والزهور منها ، فهذا الحق لا صلة له بعقار المالك ، وقد تقرر لفائدة شخص المالك دون عقاره ، بل قد تقرر لفائدته الشخصية حتى لو لم يكن مالكا لأى عقار ، فالحق حق انتفاع أو حق استعمال وليس بحق ارتفاق (٢) . أما إذا كان للمالك العقار الحق في أخذ مياه وأتربة من أرض جاره لتسميد أرضه ولتسويتها ، فإن هذا الحق متصل اتصالاً وثيقاً بعقار المالك وقد تقرر لفائدة هذا العقار دون شخص المالك ، فهو إذن حق ارتفاق لاحق انتفاع .

وقس على ذلك ما إذا تقرر الحق للمالك في استعمال الملاعب الرياضية المنشأة في أرض جاره ، أو في الاستحمام في بركة السباحة المنشأة في حديقة الحار ، فإن هذا الحق لا صلة له بأرض المالك وقد تقرر لفائدة المالك شخصياً ، فهو إذن حق استعمال لاحق ارتفاق . أما إذا تقرر حق للمالك منزل في أن يحتطب في أرض جاره ليحلب منها الأخشاب اللازمة لتدفئة المنزل ، أو في أن يغترف من أرض جاره المياه اللازمة للحاجات المنزلية من شرب وغسيل ونحو ذلك ، أو في أن يستمد من أرض جاره الكهرباء اللازمة لإنارة المنزل ، فهذه التكاليف كلها لها صلة وثيقة بالمنزل وقد تقرر لفائدته المنزل ذاته بقطع النظر عن يسكنه ، فهي إذن حقوق ارتفاق (٣) .

٥٧٤ - تطبيقات مختلفة - حالات يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار

وأخرى يعتبر فيها منشأ لفائدة شخصي : ومن الحالات التي يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار ، ومن ثم يكون هناك حق ارتفاق ، أن يقسم المالك أرضه لبيعها قطعاً بعد أن ينشئ بينها شوارع وميادين يتعهد بإنارتها وصيانتها

(١) وكان الرومان يميزون حق الارتفاق عن حق الانتفاع على هذا الأساس . فإذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق بصفته مالكا لهذا العقار ، وكان متصلاً اتصالاً وثيقاً بالعقار ويزيد في فائدته ، فالحق حق ارتفاق . أما إذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق لصفته مالكا لهذا العقار بصفته الشخصية ، وكان يفيد شخص المالك دون اعتبار لأنه يملك العقار إذ لا صلة بين العقار والتكليف فالحق حق انتفاع . أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٤ .

(٢) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٥ .

وكفنها . ويدرج في قائمة الشروط أن يكون للمشتري لهذه القطع الحق في استعمال هذه الشوارع والميادين للمرور على أن يدفع كل منهم مبلغاً سنوياً يتناسب مع اتساع قطعه وثمنها . ففي هذه الحالة يكون لمشتري القطعة حق ارتفاع بالمرور في الشوارع والميادين ، وعليه أن يدفع المبلغ الذي يخصه في نظير صيانة هذه الشوارع والميادين وإنارتها وكفنها (١) . وكذلك إذا تعهد البائع في عقد بيع قطعة الأرض بألا يبيع القطع الأخرى لمصانع أو لمن يتجرون في سلع معينة حتى يتيسر بذلك إنشاء حي « بورجوازي » للسكنى ، ففي هذه الحالة يكون لمالك كل قطعة حق ارتفاع على القطع الأخرى—بألا تستعمل هذه القطع لإقامة مصانع أو للإتجار في هذه السلع (٢) . وإذا تعهد مالك منزل مجاور لمكان معد للعبادة بألا يقيم حفلات راقصة في منزله ، أمكن اعتبار أن هناك حق ارتفاع لفائدة المكان المعد للعبادة على المنزل المجاور (٣) . وإذا اتفق مستغل المنجم مع من يشتري منه السطح على ألا يكون الأول مسئولاً عن الأضرار التي تصيب السطح من جراء استغلال المنجم ، جاز أن يكون هذا الاتفاق منشأً لحق ارتفاع على السطح لفائدة المنجم (٤) .

وإذا أقيم مصنع في أرض أعدت خصيصاً للمصنع بحيث لا يمكن فصل المصنع عن الأرض ، أو كان المصنع قد أقيم على الأرض لاستغلال مافي جوفها من مواد ومعادن ، فإن المصنع والأرض يصبحان عقاراً غير قابل للتجزئة ، وما يشترط لفائدة المصنع يعتبر مشروطاً لفائدة الأرض . ومن

(١) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٤ - ١ - ٧٢٤ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ١٩٢٨ - ٢ - ٨٢٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ جازيت دي باليه ١٩٢٢ - ٢ - ٤٢ - باريس ٦ يونيو سنة ١٩٣٠ جازيت دي تريينو ١٩٣٠ - ٢ - ١٩١ - وقارن نقض فرنسي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤١٩ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٦٥ .

(٣) رويه ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ١٣٠ .

(٤) نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٤١ - رويه

١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت باليه ١٩٢٧ - ١ - ٤١١ - بلانيول وريبير وبيكار ٢

فقرة ٥٤٢ وفقرة ٩٤٥ ص ٩٢٣ .

ثم يعتبر حق ارتفاق مقرر آ لمصلحة الأرض ماعسى أن يحصل عليه المصنع من مالك أرض مجاورة من تعهد بامداد المصنع بمواد مستخرجة من هذه الأرض المجاورة ، كأثرية تمد مصنعا للطوب أو للفخار أو للصيني ، أو فحم بمد مصنعا للزجاج ، أو تيار كهربائي يستعمله المصنع من مسقط للمياه مجاور له (١) . ولكن لا يعتبر حق ارتفاق أن يشترط صاحب المصنع ، وهو يبيع عقارا مجاورا لمصنعه ، على مشري هذا العقار ألا يقيم به مصنعا مماثلا لمصنعه ومزاحما إياه ، فان شرط عدم المزاحمة إنما تقرر لمصلحة المصنع الاستغلالية لالفائدة الأرض التي أقيم عليها المصنع (٢) .

ولا يعتبر حق ارتفاق أن يتفق مالك منزل مع مالك أرض على أن يكون للمالك المنزل حق الصيد أو القنص في الأرض ، فان هذا الحق قد تقرر لمالك المنزل شخصيا ولا صلة له بالمنزل . ومثل مالك المنزل في الحصول على حق الصيد والقنص في أرض الغير مثل المالك الذي يحصل على حق استعمال الملاعب الرياضية أو بركة السباحة الموجودة في أرض الغير ، أو على حق التزه أو قطف الثمار والزهور في حديقة الغير . كل هؤلاء لا يقرر لعقاراتهم حق ارتفاق ، وإنما يقرر لهم شخصيا حق انتفاع أو حق استعمال ، وقد يقتصر الانتفاع أو الاستعمال على مجرد حق شخصي (créance) يحصلون عليه عن طريق الإيجار ، وكان يمكن لأي منهم أن يحصل على حق الصيد والقنص دون أن يكون مالكا لأي عقار (٣) .

ونرى مما تقدم أن تكليفا مقررأ على عقار قد يكون حق ارتفاق ، إذا كان هذا التكليف قد تقرر لفائدة عقار آخر لا لفائدة شخصية تعود على مالك هذا العقار . وقد يكون التكليف حق انتفاع ، إذا كان قد تقرر لفائدة الشخص لا لفائدة العقار ، بعقد منشيء للحقوق العينية . وقد يكون التكليف مجرد حق شخصي (créance) ، إذا كان قد تقرر لفائدة

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٧٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٤ .

(٢) أنظر في شرط عدم المزاحمة بودري وشوفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨٠٩ - بلانيول

وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٤٦ .

(٣) أنظر بودري وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٧ - مارت ورينو فقرة ١٤٠ ص ١٦٠

وقارن بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٤٨ .

الشخص لافائدة العقار ، بعقد لا ينشئ ، إلا حقوقاً شخصية كعقد الإيجار . فإذا كان التكليف حق ارتفاق ، فإن صاحب هذا الحق يجب أن يكون مالكا لعقار هو العقار المرتفق ، ويصح أن يكون الحق أبدياً ، وينتقل إلى كل من يملك العقار المرتفق سواء كان خلفاً عاماً أو كان خلفاً خاصاً . وإذا كان التكليف حق انتفاع ، فلا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً بل يجب أن ينتهي حتماً بموت صاحبه ، ولا ينتقل إلا إلى خلف خاص . وإذا كان التكليف حقاً شخصياً ، فإنه يشترك مع حق الانتفاع في أنه لا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً ، ولكنه يختلف عنه في أنه لا ينتهي حتماً بموت صاحبه بل يبقى في التركة . ويختلف الحق الشخصي عن كل من حق الارتفاق وحق الانتفاع في أن المدين بالحق الشخصي قد يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بعمل إيجابي ، أما مالك العقار المرتفق به أو مالك الرقبة فلا يجوز أن يلتزم التزاماً أصلياً بعمل إيجابي ^(١) .

٥٧٥ - تطبيق خاص لحق منافع عقار - قيود البناء - نص

قانوني : تنص المادة ١٠١٨ ملغى على ما يأتي :

١ - إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حديمين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره .

٢ - وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصاص على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك ^(٢) .

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريير ويكار ٢ فقرة ٩٤٩ . وانظر بودري وشوفر فقرة ١٠٧٦ ص ٨١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٠ من المشروع التمهيلي على الوجه

الآتي : « إذا فرضت قيود معينة على حق مالك العقار في أن يبنى كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في أن يرتفع بالبناء أو أن يمدفه ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . وكل ضرر -

وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً في القضاء في عهد التقنين المدني السابق في تكييف الطبيعة القانونية لقيود البناء ، وهي قيود ألقت الحكومة وشركات الأراضي ، عندما تجزىء هذه وتلك أراضيها إلى قطع لتبيعها للجمهور ، أن تدرجها ضمن شروط البيع . وتقصد بها أن تنشئ أحياء سكنية على قدر من التنسيق والنظام ومراعاة الشروط الصحية ، بحيث يكون السكن فيها مرغوباً فيه . وهذا دون شك قصد محمود ، يحقق مصلحة الجميع . يحقق مصلحة بائع هذه الأراضي ، إذ أن هذه الشروط يكون من شأنها تصقيع الأراضي وارتفاع ثمنها . ويحقق مصلحة المشترين ، إذ يستطيع كل مشتر أن يطمئن إلى أن غيره من المشترين سيتقيد بما يتقيد به هو عندما يبنى أرضه ، فينشأ بسبب ذلك حي صحي متنسق يرتاح للإقامة فيه . ويحقق المصلحة العامة ، إذ أن إنشاء هذه الأحياء السكنية الصحية المتسقة على هذا

— ينشأ عن مخالفة هذه القيود تجوز المطالبة باصلاحه عيناً ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية . ووافقت لجنة المراجعة على النص بفقرتيه تحت رقم ١١٠٢ في المشروع النهائي ، بعد تعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتي : «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقبته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٩٩ . وفي لجنة الشيوخ استبدلت في الفقرة الأولى بكلمة «المجاورة» عبارة «التي فرضت لمصلحتها هذه القيود» ، حتى لا يقتصر الأمر على مجرد الجوار وإنما يتناول العقارات التي تقع في الحي الذي فرضت هذه القيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها . أما الفقرة الثانية فقد عدلت على الوجه الآتي لإظهار الغرض منها : «وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاعتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . وقد أصبح النص ، بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٠ - ص ٦٣٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٤ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الوجه من شأنه تجميل المدينة التي يوجد فيها هذه الأحياء . وتوفير المساكن الصالحة لعدد كبير من السكان^(١). ومن أمثلة هذه الشروط ما ألقت الحكومة إدراجها في عقود بيعها لأراضيها في أحياء معينة كالزمالك والجيزة ومنشية البكرى ، وكذلك بعض شركات الأراضي كشركة أراضي الجزيرة وشركة المعادي . فيلتزم المشتري بموجب هذه الشروط ألا يبنى على الأرض التي يشتريها سوى منزل واحد مخصص للسكنى ، وألا يتجاوز في الارتفاع بالمباني خمسة عشر متراً ، وأن يبعد بالبناء عن حافة الشارع مترين على الأقل ، وعن أى حد من الحدود الفاصلة بينه وبين القطع المجاورة ثلاثة أمتار على الأقل ، وألا يشغل بمسطح البناء الذي يقام على الأرض أكثر من نصف مساحتها ، وأن يراعى شروطاً صحية معينة في بناء المطابخ ومخارج الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها . وتنتهى قائمة هذه الشروط عادة بشرط يجرى على النحو الآتى : «الشروط الموضحة قبل ضرورة وجوهية للبيع . وللحكومة الحق في أى وقت كان في إجبار المشتري أو من يقوم مقامه باتباع تلك الشروط بوجه الدقة . وإلا وجب هدم ما بناه في الحال بمصاريف على طرفه» (٢) .

(١) وقد يقال إن العقد الذي يحتوى على هذه القيود والاشتراطات يعتبر من عقود الإذعان . وإذا صح التسليم بأنه فلا من عقود الإذعان ، فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للقاضي تعديل الشروط التفسيرية أو إعفاء الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تنص به المادة (١٤٩ مدنى) - ولما كانت الشروط المألوف إدراجها في مثل هذه العقود ترى إلى تحقيق مصلحة الجميع على الوجه الذى يبيّن ، فإنه يتدر أن يرد بينا شروط تفسيرية يصح للقاضي إلغاؤها . ولم يتهى لمحنة النقض أن ثبت في هذه المسألة المنيّة ، ولكنها قررت في أحد أحكامها عدم جواز طرح المسألة لأول مرة أمامها إذا لم يسبق طرحها من قبل أمام محكمة الموضوع . فقضت بأن التمسك بأن قيود البناء الواردة في عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لأسبيل المشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها لا يصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٩ من ١٨٤) .

(٢) أنظر نص الشروط الخاصة بالبناء بأراضي الحكومة بالزمالك وغرب البحر الأعشى : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٩ هامش ١ . وانظر في الخلاف الذى كان قائماً في القضاء : مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الحامدة ٢٩ رقم ٣١٠ من ٦٤٠ .

قضت بعض المحاكم : في عهد التقنين المدني السابق : بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية . لا يرتبط بها إلا مشتري الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق (١) . وينبني على تكييف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية . لاحقوق ارتفاق عينية . ما يأتي : (أولاً) أن البائع وحده هو الذي يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهو الذي ارتبط نحوه المشتري فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لا يستطيع مشتر لقطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترياً لقطعة أرض أخرى ، إذ لا تقوم علاقة بين الاثنين ، وليس أي منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشتري منه مباشرة فهو الذي ارتبط معه بالعقد ، ولا يستطيع أن يطالب بتنفيذها المشتري من المشتري أو من تسلسل بعد هذا من المشترين . إلا على أساس أنه خلف خاص للمشتري انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدني السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وإذا سلم التقنين المدني الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فإنه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالياً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدني) . فيكفي إذن . حتى لا ينتقل الالتزام . أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثاً) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين البائع والمشتري منه مباشرة . فإن البائع يكون دائناً عادياً للمشتري . وإذا خالف المشتري الشروط . فقل أن يستطيع البائع أن يظفر بالتنفيذ العيني للالتزام . ويكفي لذلك أن يرهن المشتري الأرض مثلاً ، حتى يقدم الدائن المرتهن على البائع . (رابعاً) ومادام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط . فإنه يستطيع أن يلزم بها مشترياً دون مشتر ، وله أن يتفق مع بعض المشترين على ما يخالفها .

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحلة ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ - مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ - استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣١٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ - وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بعقود البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة المألوفة الجارية بأنها أرادت مع ذلك تقرير هذا الحق . هذا إلى أن الارتفاقات من المسائل التي لا يجوز التوسع فيها . وقد أباحت الشركة لأحد المشترين ، في مقابل مبلغ من المال مخالفة هذه الشروط ، ولو كان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولا ملكت الشركة هذا الحق (محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٤٧٢) .

ولكن محاكم أخرى قضت بعكس ما تقدم ، وبأن هذه الشروط ليست التزامات شخصية . بل هي حقوق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع القطع المبيعة . وهي تتبع العقار وتنتقل معه بالبيع إلى كل مشتري تال^(١) . وقد أيدت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، هذا الرأي الأخير ، وقضت بأن الاشتراطات التي وضعها الحكومة في عقد البيع وصفت في العقد ذاته بأنها حقوق ارتفاق وقيود (servitudes et restrictions) وهذه القيود والشرائط . الموصوفة وصفها الحقيقي في عقد البيع ، مقررّة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من التقنين المدني السابق . إذ كل قطعة تصبغ بموجبها مرتفقاً بها لمنفعة صائر القطع ، تحقيقاً للغرض المنشود ، وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيها أسباب الراحة والهدوء ، ويتكون منها حي ممتاز يطيب المقام فيه^(٢) .

(١) استئناف مصر ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحلّمة ٨ رقم ٤٩٧ ص ٨١٤ (وقالت المحكمة في أسباب حكمها إن هذا التمهيد الضمني من جانب البائعة ومن حل محلّها بمراعاة الشروط المدونة في عقود البيع مستفاد في انقضية الحالية منذ مبيع أول قطعة بشروط ما كان في الإمكان تحقيقها بدقة إلا بتضمينها المبيعات الأخرى . فلهذا الوقت انعقد اتفاق الطرفين الصريح على الأخذ في تنفيذ تلك الشروط بالتدرّج إلى النهاية . فهناك إذن في صالح أرض المستأنف الحالي من جانب ، وعلى أراضي المستأنف عليهم الثلاثة الآخرين من جانب آخر ، حق ارتفاق بعدم البناء في منطقة خاصة ، وحق آخر بعدم تجاوز ارتفاع معين في البناء . ومن شأن هذه الحقوق أن توجد بينهم رابطة قانونية لانزاع فيما . تحميا الدعوى العينية ، وتجعل للمستأنف الحق في رفع هذه الدعوى بطلب الإزالة ، وكذلك إذا لزم الحال بمطالبتهم بتعويضات) .

(٢) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ المحلّمة ١٣ رقم ٤٨٧ ص ٩٨٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٨ رقم ١٨ ورقم ١٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧ . وقد استند هذا القضاء إلى أن الشركة كانت ترى إلى إنشاء حي جميل صحي، وكانت لا تعمل لمصلحة فحسب ، بل كانت تعمل بوجه خاص لمصلحة جماعة المشترين . ومن المؤكد أن المشترين كانوا يتمتعون عن الشراء لو كانوا يعلمون أن هذه القيود قد قررت فقط لمصلحة البائعة ، وأن حق المطالبة بوقف هذه الشروط لا يكون إلا للشركة وحدها ، وهي الشركة التي إذا تم الغرض الذي من أجله قد انشئت لا بد أن تنقضي عاجلاً أو آجلاً . فالقصد المشترك لجميع المتعاقدين الداخليين في كل المشتريات التي تمت في تلك المنطقة ، وهو ترتيب حقوق ارتفاق متبادلة فيما بينهم ، مستفاد ضمناً وبطريقة يقينية من الظروف التي أدت إلى الاتفاقات التي تمت ، وكذلك من مجموع

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف كما قدمنا ، فقرر في المادة ١٠١٨ مدني سالفه الذكر أن الأصل في هذه القيود والاشتراطات أن تكون حقوق ارتفاق على كل عقار لفائدة المقارات الأخرى ، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره . فهناك إذن قرينة قانونية على أن هذه القيود والاشتراطات هي حقوق ارتفاق ، ولكنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس . وتكون الشركة البائعة قد رتبت حقوق ارتفاق على كل قطعة من الأرض لفائدة جميع القطع الأخرى . ففي بيع أول قطعة من هذه القطع ، اتفقت الشركة مع المشتري على ترتيب حقوق الارتفاق هذه على القطعة المباعة لفائدة جميع القطع الأخرى التي لم تبعها ولا تزال مملوكة لها ، كما رتبت حقوق الارتفاق نفسها على هذه القطع لفائدة القطعة المباعة . ثم لما باعت القطعة الثانية وهي من ضمن القطع التي تقرر لها وعليها حقوق الارتفاق ، باعتها للمشتري بما لها وعليها من حقوق الارتفاق هذه . ويمكن القول أيضاً بأن الشركة قد اشترطت على كل مشترياً أن له قطعة من الأرض ، لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلونهم ، حقوق الارتفاق التي نضمنها هذه الاشتراطات والقيود (١) . وعلى هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق لفائدة كل قطعة من التمتع الأخرى ، وأصبح لها في الوقت ذاته نفس حقوق

العقود المديدة المتشابهة التي أبرمت عن هذه المنطقة وكلها بمأذج مطبوعة ذات صيغة واحدة ، وكذا من العرف الجاري في مثل هذه الأحوال . ولا يقبل القول بأن هذه الاشتراطات إنما هي نهيات شخصية ، إذ لو كانت كذلك لما صلحت لتحقيق الغرض المقصود ، ولأدت إلى تجريده من الأرض أيا كان من كل سلاح للدفاع عن حقه ، ولجعلته تحت رحمة البائع الذي قد لا تكون له مصلحة في وقت ما في طلب الإزالة ، وهذه النتيجة التي لا يمكن التسليم بها تكفي لدلالة على فساد هذه النظرية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة المقارات المجاورة ، وقد تكون مفرغة في قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من أمر ، فإن لأصحاب المقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بهذا الحق . وفي هذا تبسيط للموضوع ، دون حاجة للالتجاء إلى نظرية الاستخلاف فما إذا كيفت هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١) .

الارتفاق على كل قطعة من هذه القطع (١) . ويترتب على ذلك عكس النتائج التي استخلصناها من تكييف الشروط بأنها التزامات شخصية ، ويخلص من تطبيق المادة ١٠١٨ مدني سالفه الذكر النتائج الآتية (٢) :

أولا - لما كانت كل قطعة محملة بحقوق الارتفاق المشترطة ، فان أى مشر ، وقد اشترطت هذه الارتفاقات لمصلحة قطعه ، يستطيع أن يطالب أى مشر آخر بتنفيذ هذه الارتفاقات ، ولا يحتكر البائع وحده حق المطالبة بتنفيذها .

ثانيا - ويستطيع أى مشر أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات ، ليس فحسب أى مشر لقطعة أخرى ، بل أيضاً المشتري من هذا المشتري ، وكذلك المشتري من المشتري الثاني ، وهكذا مهما تعاقب المشترون . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشر إلى آخر محملة بحقوق الارتفاق لفائدة أية قطعة من القطع الأخرى . وكذلك يستطيع مشر من المشتري ، والمشتري الذي يخلفه مهما تعاقب المشترون ، أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات أى مالك لقطعة أخرى ، ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشر إلى آخر بما لها من حقوق الارتفاق المقررة على أية قطعة من القطع الأخرى .

(١) وقد سائر التقنين المدني الجديد بهذا النص الحكم الذي كان راجعاً في عهد التقنين المدني السابق ، والذي أخذت به محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بعقد البيع الأصل الصادر من الشركة المطعون فيها ، وما نص عليه في قائمة الشروط الملحقة به من وجوب ترك منطقة قضاء تغرس بالنباتات بعرض ستة أمتار ، ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاق منقل لقطعة الأرض المبيعة ، وأنه في حالة مخالفة المشتري لهذا القيد يكون للشركة الحق في هدم ما يجريه المشتري في هذه المنطقة الممنوع فيها البناء . ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نصوص المادة ١٠١٨ من القانون المدني الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التي تحد من حق المالك في البناء حقوق ارتفاق ، فان هذا الذي قرره الحكم المطعون فيه لا يفيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى ، وإنما يدل على أن القانون الجديد قد تلاق مع القانون القديم في تكييف هذه القيود والاشتراطات . ومن ثم يكون النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون ، لإعماله أحكام القانون المدني الجديد على نزاع نشأ عن تعاقد أبرم قبل العمل به ، في غير محله (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) .

(٢) انظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩١ - اسماعيل غانم ص ٢٨ .

ثالثاً - تجوز المطالبة بتنفيذ الارتفاقات تنفيذاً عينياً ، فإذا أقيم بناء مخالف لما تقرر في هذه الارتفاقات ، جازت المطالبة بهدمه على نفقة من أقامه ، وبالتعويض إن كان له مقتضى . ومع ذلك يجوز للقاضي الاقتصار على الحكم بالتعويض دون الهدم ، إذا رأى من ظروف القضية ما يبرر ذلك ، كأن كان البناء ضخماً قد تكلف نفقات كثيرة وكانت المخالفة يسيرة لم ينجم عنها ضرر كبير . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني فيما رأينا : « وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينياً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » (١) وقد طبق المشرع بهذا النص ، في نطاق الحقوق العينية ، مبدأ سبق أن قرره في نطاق الحقوق الشخصية ، إذ نص في المادة ٢/٢٠٣ مدني في صدد التنفيذ العيني للحقوق الشخصية : « على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً » (٢) .

رابعاً - لا يجوز للبائع أن يؤثر مشترياً على مشر آخر ، فيعفيه من الشروط المقررة أو من بعضها . ذلك بأن كل قطعة قد أصبحت ، على النحو الذي قدمناه ، مقرراً لها أو عليها حقوق الارتفاق التي تتضمنها هذه الشروط .

(١) وهذا أمر تقديري يترك لقاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالزام الطاعن بإزالة المباني التي استحدثها في المنطقة المحظورة البناء عليها ، فإنه لا يجدي تمسكه بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدني الجديد ، طالما أن هذا النص يحمل الحكم بالإزالة أو التعويض أمراً تقديرياً لمحكمة الموضوع . وإذا كان الحكم المطعون فيه قرر أن الطاعن لا يناله من الحكم بالإزالة إرهاباً أو ضرراً جسيماً ، فإن هذا يفيد أن اشركة المطعون عليها لم تكن متعصبة في طلب الإزالة (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « والأصل المطالبة بتنفيذ هذه القيود عينياً ، ولكن قد يترتب على ذلك إرهاباً لصاحب المقار المرتفق به ، إذا طلب منه إزالة بناء ضمن أقامه مخالفاً لما فرض عليه من القيود . فيجوز في هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض ، إذا وجد للقاضي أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية . وقد سبق أن قرر المشروع ... هذه القاعدة في تنفيذ الالتزام إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين ، والآن ينتقل المشروع بالقاعدة من دائرة الحق الشخصي إلى دائرة الحق العيني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

فلا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشتريين ، دون موافقة الباقي ، الإغفاء من هذه الحقوق كلها أو بعضها . وإنما يجوز ، إذا الف ملاك الأراضي مخالفة الشروط ودرجوا على ذلك مددا طويلة ، أن يفسر ذلك على أنه نزول ضمنى منهم عن حقوق الارتفاق ، أو على أن هذه الحقوق قد انتهت بعدم الاستعمال (١) .

المبحث الثاني

تخصيص المالك الأصلي

(Destination du père de famille)

٥٧٦ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٧ مدني على ما يأتي :

١ - « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلي » .

٢ - ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه من يملك التنازل عنها ، سواء كان التنازل صريحا أو ضمنيا إذا لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة . فتي استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل ، ولو كان ضمنيا ، استخلاصا سائغا من وقائع تؤدي إليه ، فلا معقب على حكمها في ذلك لتعلقه بأمر موضوعي . ولا يميز القانون الحكم بالتعويض طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني إلا في الأحوال التي تجوز فيها المطالبة بإصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفروضة عينا ، والتي ترى فيها المحكمة أن في الحكم بالإصلاح عينا إرهابا لصاحب العقار المرتفق به . وإذن فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه لا حق للطالعين في طلب الإصلاح عينا لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التي فرضت لمصلحتها تلك القيود فيها ، فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفا للقانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٥ ص ٩٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الجار الملاصق ، بعد أن أهل عدد كبير من سكان الحي أو أغلب سكانه مراعاة القيود ، قد ارتكب هو أيضا مخالفتين ، فإن جاره يمدد إذا اعتقد أن الجار المخالف قد انضم إلى من سبقوه في إهمال تلك الحقوق المتبادلة والتنازل عنها . فتي يمدد وارتكب مخالفة أيضا ولو من جنس آخر ، لأن العبرة بوقوع المخالفات لا بنوعها . وإزالة ذلك الجار للمخالفتين التين وقتا منه فيما بعد لا يفيد ، بعد أن ترتب لجاره حق اعتبار أن حقوق الارتفاق قد زالت وبني منزله فلا (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٠ من ٩١) .

فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما ، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ، ما لم يكن عمة شرط صريح يخالف ذلك ، (١) .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق : ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل — وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ — وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٣ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

٥٧٧ — كيف يترتب من الارتفاق تخصيص المالك الأرضي وعلى أي

أساس يقوم : ويتبين من نص المادة ١٠١٧ مدني سالف الذكر أن حق الارتفاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي قد اشتمل في الفقرة الثانية على كلمة « بناء » فذكر أن « مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « بناء » « لأن العلامة الظاهرة التي تدل على حق الارتفاق تشمل البناء ، وقد يكون التخصيص بالبناء أكثر ما يمتد إليه قصد المشرع » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٧ — ص ٦٣٠) .

(٢) التقنين المدني السابق — أحكام قضائية تؤيد النص : نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٢ ص ٨١ — استئناف مصر ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧١ ص ٧٥٤ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٦ ص ١٢٤ — استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ — أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٠ — ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٤ — ١٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ — ولكن قارن استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٣ (مطابق) — وقد

ورد في نص التقنين العراقي كلمة « بناء » .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي ، إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين ، وقد جعل أحدهما يخدم الآخر كما لو كان على العقار الأول حق ارتفاق لفائدة العقار الآخر ، وجعل لهذه الخدمة علامة ظاهرة . وإلى هنا لا يمكن أن يقوم حق ارتفاق لأن العقارين مملوكان للمالك واحد (*nemini res sua servit*) ، ولكن إذا أصبح العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ، مع بقاءهما على هذا الوضع ، فإن المفروض أن هذين المالكين المختلفين باستبقائهما هذا الوضع قد أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود . وقد كان هذا الحق كامنا (*servitude causale*) في الوضع السابق للعقارين ، وكان يعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان للمالك واحد . أما وقد أصبحتا مملوكين للمالكين مختلفين ، فلم يعد هناك ما يمنع من ظهور حق الارتفاق ، فينشأ هذا الحق (*servitude formelle, véritable*) من وقت اختلاف المالك .

فإذا كان شخص يملك أرضا وقد بنى في وسطها منزلا فتح فيه مطلات تطل على الأرض من جميع جوانبها ، فانه يكون بذلك قد خصص كل جانب من الأرض لخدمة المنزل بفتح هذه المطلات . فإذا باع جانبا من هذه الأرض والمطلات مفتوحة عليها في غير المسافة القانونية ، فإن المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمطل الذي كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمطل على الجانب المبيع من الأرض ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أي بالوضع السابق الذي هيأه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك قطعتي أرض متجاورتين في إحدهما مسقاة ، وقد حفر قناة تأخذ المياه من المسقاة وتوصلها إلى القطعة الأخرى لريها ، فانه يكون بذلك قد خصص قطعة الأرض التي فيها المسقاة لخدمة القطعة الأخرى . فإذا باع القطعة الأولى وهي على هذا الوضع بالنسبة إلى القطعة الأخرى ، فإن المشتري ، بارتضائه الشراء والقطعة على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالشرب الذي كان كامنا . فيكون للقطعة الأخرى التي استبقاها المالك حق ارتفاق بالشرب على القطعة

الأولى التي باعها ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض. وإذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرض قضاء مجاورة للمنزل ، وقد عبد طريقا فى هذه الأرض يمر منه سكان المنزل ليصلوا إلى الطريق العام ، ورصف هذا الطريق أو حدده بعلامات ظاهرة ، فانه يكون بذلك قد خصص الأرض لخدمة المنزل ، بشقه طريقا فى الأرض وجعله مخصصا للمرور . فاذا باع الأرض وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى المنزل ، فان المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمرور الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمرور على الأرض ، وقد نشأ هذا الاتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض (١) .

ويخلص من الفروض التي قدمناها أن حق الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي ، إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح العقاران مملوكين للمالكين مختلفين . فيكون الأساس الذى يقوم عليه الارتفاق فى هذه الحالة ، أى سبب نشوء حق الارتفاق ، هو هذا الاتفاق الضمنى . والاتفاق الضمنى ليس إلا عقدا ، أى تصرفا قانونيا ، فالارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إنما ينشأ بموجب تصرف قانوني (٢) . ولذلك جعلنا الكلام فى تخصيص المالك الأصلي يعقب مباشرة الكلام فى التصرف القانوني كسبب لكسب حق الارتفاق (٣) .

(١) ومن هنا كانت إرادة المالك الأصل هي البارزة ، وقد اقترن بها قبول مفترض من جانب المشتري (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٠٠) .
هذا وإنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي لم يكن معروفا فى القانون الرومانى . وبدأ فى القانون الفرنسى القديم ، بأن أقره بعض العادات القديمة فى فرنسا (مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٦ ص ٩٤٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويدخل فى الاتفاق الضمنى لكسب حق الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصلي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩) .

٥٧٨ - الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك

الأصلي : ويتبين أيضا مما قدمناه أن هناك شروطا أربعة يجب توافرها حتى يترتب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي : (١) وجود عقارين مملوكين لمالك واحد . (٢) جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر . (٣) وضع علامة ظاهرة لذلك . (٤) صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين . فتي توافرت هذه الشروط ، نشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، وعد مرتبا لأحد العقارين على العقار الآخر (١) .

وهذه الشروط الأربعة كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ولا تشترط الكتابة لإثباتها . فمن يدعى أن حق ارتفاق ترتب لفائدة عقاره على عقار آخر ، عليه أن يثبت توافر الشروط الأربعة التي تقدم ذكرها . وله أن يثبتها كلها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني في صدرها كما رأينا (٢) : « إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات ... » (٣) .

ونستعرض الآن الشروط الأربعة على التعاقب .

§ ١ - وجود عقارين مملوكين لمالك واحد

٥٧٩ - عقاراه منفصلونه لمالك واحد : وهذا هو القرض الغالب ، فيكون مالك واحد مالكا لعقارين منفصلين : أرضين منفصلتين ، أو بنائين منفصلين ، أو أرض و بناء . وليس من الضروري أن يكون هذان العقاران

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٠١٧ مدني تقضي بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذي يدعى أنه اكتسب حق ارتفاق عليه كانا مملوكين لمالك واحد ، وأنه في أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلي علاقة تبعية بينها من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهرا لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ، وأن هذه العلاقة استمرت بين العقارين إلى ما بعد انفصال ملكيتهما . وذلك ما لم يتضمن التصرف الذي ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطا صريحا يخالف ذلك (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٨ ص ٢١٢) . وانظر مصر مستجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

(٢) انظر آنف فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٩

متلاصقين ، وإن كان يغلب أن يكون هناك تلاصق . فصح أن يكون أحد العقارين غير ملاصق للعقار الآخر ، ولكن المالك مع ذلك هيا أحدهما لخدمة الآخر للمرور مثلا (١) .

٥٨٠ - مزواه من عقار واحد : وليس من الضروري أن يكون هناك

عقاران مستقلان منفصل كل منهما عن الآخر ، بل يصح أن يكون هناك عقار واحد ينجزه مالكه إلى قسمين ، ويهيء أحد القسمين لخدمة القسم الآخر . فإذا كان شخص يملك أرضا زراعية واسعة ، وقد أنشأ في جانب منها مسقاة لرى كل الأرض ، ثم باع الجزء من الأرض الذى لا توجد فيه المسقاة ، جاز للمشتري أن يتمسك بنشوء حق ارتفاق بالشرب للجزء الذى اشتراه مصدره تخصيص المالك الأصلي . ذلك أن مالك الأرض ، عندما جزأها على هذا النحو وهى كلها تروى من مسقاة واحدة ، يكون قد خصص الجزء الذى فيه المسقاة لخدمة الجزء الآخر . ويكون فى حكم من يملك عقارين منفصلين خصص أحدهما لخدمة الآخر ، والمشتري أن يتمسك بهذا التخصيص فيكون للجزء الذى اشتراه حق ارتفاق بالشرب على الجزء الآخر ، ما دام المالك لم ينص صراحة فى عقد البيع على غير ذلك (٢) .

§ ٢ - ميل المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر

٥٨١ - ميل أحد العقارين فى وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر :

ويجب أن يقوم بين العقارين (أو بين جزأى العقار) وضع يستفاد منه فى وضوح أن أحدهما يخدم الآخر فعلا . فيجعل أحدهما على نحو نهائى ودائم يتحمل تكليفا معينا لفائدة العقار الآخر ، بحيث أن الارتفاق ، وإن لم يبرز وجوده بعد من الناحية القانونية بسبب اتحاد المالك ، يكون مؤديا لمهمته الاقتصادية تأدية تامة (٢) . ففتح مطل لأحد العقارين على العقار الآخر فى غير المسافة القانونية يوفر للارتفاق فعلا أن يؤدى مهمته الاقتصادية على وجه كامل نهائى

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٧ - مازو ققرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦ - نقض فرنس ٧ يولي سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٥ .

(٢) أوبرى ورو ٣ ققرة ٢٥٢ ص ١١٧ - بودرى وشوفو ققرة ١١١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٧ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٨ ص ٩٤٧ .

دائم . وإن لم يكن للارتفاق وجود قانوني بعد . وأخذ المياه بواسطة قناة من مسقاه موجودة في أحد العقارين لرى العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعاً بالفعل بارتفاق الشرب . وإن لم يتمتع به قانوناً بعد . وتعييد طريق ورصفه في أحد العقارين لخدمة العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعاً بالفعل بارتفاق المرور ، وإن لم يوجد هذا الارتفاق قانوناً بسبب اتحاد المالك . وفي جميع هذه الفروض يظهر في جلاء ووضوح أن المالك أراد على وجه لا يحتمل الشك إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر خدمة نهائية دائمة ، بحيث أنه لو لا اتحاد المالك لكان هناك ارتفاق قانوني مكان هذا الارتفاق الفعلي . وهو الآن كامن (*à l'état latent, servitude causale*) في الوضع القائم ما بين العقارين ، ولا ينتظر إلا أن يختلف المالك لكل من العقارين حتى يبرز ويصبح ارتفاقاً قانونياً (*servitude formelle, véritable*) بعد أن تكاملت له أسبابه .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان الوضع الفعلي للعقارين لا يستفاد منه على سبيل اليقين أن المالك الأصلي أراد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على وجه مستقر نهائي دائم ، فإن الشرط لا يتوافر ، ولا يعود هناك محل للقول بنشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي . فاذا تبين مثلاً أن المالك الأصلي إنما قصد بالوضع الذي أنشأه فيما بين العقارين توفير أسباب الرفاهة لنفسه أو الوفاء بحاجة شخصية له ، ولم يقصد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على سبيل الارتفاق الدائم ، لم يكن هذا كافياً للقول بتوافر هذا الشرط . فقد يكون المالك قد أنشأ ممراً بين مترلين يملكهما ويسكنهما معاً لتيسير التنقل من مترل إلى آخر ، أو يكون قد أنشأ ساحة للألعاب الرياضية في الأرض التي يملكها مجاورة لمترله لاستعماله الشخصي هو وذويه ، أو يكون قد أنشأ ممراً في الأرض التي يملكها مجاورة لمترله ليغير منه إلى محل عمله الشخصي . فلا يكون في هذه الأوضاع ما يستفاد منه أنه قصد إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه دائم ، إذ أن الظاهر أنه إنما قصد استيفاء خدمة شخصية لنفسه لا للعقار (١) ، وعلى نحو موقت لا على نحو دائم . وقاضي الموضوع هو الذي

(١) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ .

بيت ، دون رقابة عليه من محكمة النقض ، فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة ، أو قصد به إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار على وجه دائم (١) .

٥٨٢ - المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلي القائم :
ويجب أن يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلي القائم ، أو فى القليل يكون قد استبقاه كما هو بعد أن تلقاه قائما . ويتحقق الفرض الأخير فيما إذا سبق للعقارين أن كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، وكان حق ارتفاق مقررا لأحدهما على الآخر ، ثم أصبحا مملوكين لمالك واحد فزال حق الارتفاق باتحاد النمة ، ومع ذلك استبقى المالك الجديد الوضع الفعلي للارتفاق قائما كما كان (٢) .

فاذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلي ليس هو المالك للعقارين ، أو نائب عنه مفوض فى ذلك ، بل أنشأه - مستأجر للعقارين أو صاحب حق انتفاع على كل منهما ، فليس هذا بتخصيص المالك الأصلي ، لأن المالك الأصلي وحده هو الذى يملك إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق ارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . وهو وحده الذى يمثل مصلحة كل من العقارين (٣) .
وإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلي هو المالك للعقارين ، ولكنه كان يملك أحدهما أو كليهما بسبب قابل للفسخ أو للإبطال أو للنقض ، ثم فسخت ملكيته أو أبطلت أو نقضت ، فإن الأثر الرجعى لزوال ملكيته على هذا الوجه يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معا وقت أن أنشأ الوضع الفعلي القائم ، ومن ثم لا يعتد بهذا الوضع (٤) .

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٢) ويتحقق أيضا فيما إذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلي ليس هو المالك ، بل كان مستأجرا أو كان صاحب حق انتفاع ، ثم رجع العقاران إلى حيازة المالك فاستبقى الوضع الفعلي القائم كما هو .

(٣) بودرى وشوفو ققرة ١١١٨ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٩ - اساميل

غانم ص ٣٤ .

(٤) بودرى وشوفو ققرة ١١١٧ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٩ - اساميل

غانم ص ٣٤ .

وإذا كان هناك عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين ، وكان الشريكان هما اللذان أنشأ الوضع الفعلي القائم ، ثم حصلت القسمة فاختص كل من الشريكين بعقار ، لم يعتد بالوضع الفعلي الذي أنشأه وقت أن كانا مالكين على الشيوع فإن الأثر الرجعي للقسمة جعل كلا منهما غير مالك للعقار الذي لم يختص به وقت إنشاء الوضع الفعلي ، فلم ينشئ هذا الوضع مالك واحد للعقارين معاً . والذي كان ملك إنشاء الوضع الفعلي في هذه الحالة هو المالك الأصلي للعقارين معاً ، قبل أن تنتقل ملكيتهما إلى الشريكين على الشيوع (١) .

§ ٣ - وضع عبء ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي

٥٨٣ - **الدرغاف الظاهر ومده هو الزى يكسب بتخصيص المالك الأصلي**
ولا يكسب بتخصيص المالك الأصلي إلا حق الارتفاق الظاهر ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٧ مدني على ذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول : « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي » . والارتفاق الظاهر هو ، كما قدمنا (٣) ، ارتفاق ينشئ عن وجوده أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى .

ولما كان يشترط أن يكون الارتفاق الذي يكسب بتخصيص المالك الأصلي ارتفاقاً ظاهراً كما قدمنا ، أي أن تكون له علامة ظاهرة ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني صراحة ، كما رأينا (٤) ، على أن « يكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين ... أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ... » . فالارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إلا إذا كانت له علامة ظاهرة ، كنافذة يفتحها المالك الأصلي في حائط أحد العقارين في غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر فتكون النافذة علامة ظاهرة على الارتفاق بالمطل ، وكقناة يحفرها لتجري فيها مياه مسقاة منشأة في أحد العقارين لتروي العقار الآخر فتكون القناة علامة ظاهرة على الارتفاق بالشرب ،

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٦٩ - وقارن اسماعيل غانم ص ٣٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

وكطريق معيد مرصوف في أحد العقارين ليكون ممرا للعقار الآخر فيكون هذا الطريق المعيد المرصوف علامة ظاهرة على الارتفاق بالمرور .

٥٨٤ - وجوب بناء العلامة الظاهرة إلى وقت أنه يملك العقارين

مالكاه مختلفاه : ولا تكفي إقامة العلامة الظاهرة على النحو الذي قدمناه ، بل يجب أيضا أن تبقى هذه العلامة إلى الوقت الذي ينشأ فيه حق الارتفاق قانونا بأن يملك العقارين مالكان مختلفان . ذلك بأن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي إنما يقوم ، كما قدمنا (١) ، على أساس أن هناك اتفاقا ضمنيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق ، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلي الذي ترتب عليه حق الارتفاق هي الشاهدة على وجود هذا الاتفاق الضمني . فقد رأها مالك العقار المرتفق به ظاهرة أمامه ، واستخلص من ظهورها مغزاها ، ولم يعترض على ذلك ، فهو إذن قد رضى رضاء ضمنيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره . ولا يسلم هذا المنطق إلا إذا كانت العلامة الظاهرة ظلت باقية إلى الوقت الذي انتقلت فيه ملكية العقار المرتفق به إلى مالك هذا العقار . فبقيت ماثلة أمامه ، ولم يبد اعتراضا على ما يستخلص من بقائها قائمة (٢) .

٥٨٥ - يكفي أنه يكون الارتفاق ظاهرا ولا يشترط أنه يكون مستمرا :

وكل ما يتطلبه التقنين المدني المصري الجديد ، لكسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أن يكون الارتفاق ظاهرا على النحو الذي قدمناه . ولا يشترط إلى جانب ذلك أن يكون مستمرا (٣) . أما التقنين المدني الفرنسي فيشتمل على نصين . أحدهما يتطلب في الارتفاق أن يكون مستمرا ظاهرا حتى يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، والآخر لا يشترط في الارتفاق إلا أن يكون ظاهرا حتى يمكن كسبه بهذا السبب . فقد نصت المادة ٦٩٢ مدني فرنسي على أن « تخصيص المالك الأصلي يكون سببا لكسب الارتفاقات المستمرة الظاهرة » .

(١) انظر آنف ققرة ٥٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٣) وكان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، يشترط الظهور والاستمرار (استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢١٩) .

ثم نصت المادة ٦٩٤ مدني فرنسي على أنه « إذا تصرف مالك العقارين ، اللذين تقوم بينهما علامة ظاهرة على حق ارتفاق ، في أحد هذين العقارين دون أن يرد في العقد اتفاق في شأن حق الارتفاق ، فإن الارتفاق يستمر موجوداً إيجاباً أو سلباً ، لفائدة العقار المتصرف فيه أو على العقار المتصرف فيه » (١). ولم ينقل التقنين المدني المصري الجديد عن التقنين المدني الفرنسي هذين النصين المتعارضين . بل اكتفى بنص واحد هو المادة ١٠١٧ مدني ، وهي لا تتكلم إلا عن الارتفاق الظاهر ، فيجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي سواء كان مستمراً أو غير مستمر . فلا يوجد إذن فرق ، في التقنين المدني المصري الجديد ، بين الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر ، فكلاهما يكسب بتخصيص المالك الأصلي ما دام ارتفاقاً ظاهراً .

٥٨٦ - الارتفاق السلي لا يكسب بتخصيص المالك الأصلي : ولما كان

يشترط في كسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يكون الارتفاق ظاهراً كما قدمنا ، فإنه مخلص من ذلك أن الارتفاق السلي لا يجوز كسبه بهذا السبب . ذلك بأن الارتفاق السلي يكون دائماً ارتفاقاً غير ظاهر كما سبق القول (٢) ،

(١) وقد اختلفت الآراء ، في الفقه الفرنسي ، في الطريقة التي يمكن بها التوفيق بين هذين النصين المتعارضين . والرأي الذي رجح في كل من القضاء والفقه في فرنسا هو أن الارتفاق المستمر الظاهر يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، دون حاجة إلى تقديم السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين . إذ يفترض ، بفضل استمرار الارتفاق وظهوره ، أنه باق بعد انفصال ما بين ملكية العقارين ، وأنه لم يرد في السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين نص يخالف ذلك . فإذا تمسك ذو المصلحة بأن النص المخالف موجود في السند ، فليس عليه أن يثبت ذلك . أما الارتفاق الظاهر غير المستمر فإنه يكسب أيضاً بتخصيص المالك الأصلي ، ولكن بشرط تقديم السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين وإثبات أنه لم يرد في هذا السند نص يخالف . ذلك أن الارتفاق الظاهر غير المستمر أضعف في قوة الاستقرار من الارتفاق الظاهر المستمر ، فلزم تقديم السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين لتثبيت من عدم نفيه للارتفاق ، فيكون في عدم النفي إقرار ضمني لهذا الحق . انظر في هذه المسألة أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠ وحامش ٩ - بودري وشوفو ققرة ١١٢١ - ققرة ١١٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٢ - ققرة ٩٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ ققرة ٣٧٥٣ - كولان وكايتان كدي لامورانديير ١ ققرة ١١٢٢ - مازو ققرة ١٧٢١ ص ١٣٥٧ - ص ١٣٥٨ - مارق ورينو ققرة ١٥٧ ص ١٧٦ - كاربونيه ص ١٧٨ - ١٧٩ .

(٢) انظر آتفاً ققرة ٥٥٦ .

ولا يمكن أن توجد له علامة ظاهرة . ومن ثم لا يجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكسب بتخصيص المالك الأصلي حق الارتفاق بعدم البناء ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين ، وحق الارتفاق بعدم البناء في أزيد من مساحة رقعة معينة ، وحق الارتفاق بالروية ، وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية ، وغير ذلك من حقوق الارتفاق السلبية (١) :

§ ٤ ضرورة العقارين مملوكين للمالكين مختلفين

٥٨٧ - كيف يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين : بمجرد أن يصير العقاران ، وقد كانا مملوكين للمالك واحد كما قدمنا ، مملوكين للمالكين مختلفين ، ينشأ حق الارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلي (٢) . وقد رضى بهذا التخصيص ، المالك الآخر الذي تعاقد مع المالك الأصلي ، أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدتا مع المالك الأصلي . والرضاء ضمنى لأن أحدا منهما لم يعترض على هذا التخصيص ، مع ظهوره ومع أنه قاطع في أن المقصود هو إنشاء هذا الارتفاق . وقد قدمنا (٣) . أن تخصيص المالك الأصلي يقوم في أساسه على اتفاق ضمنى ، فينشأ حق الارتفاق بموجب هذا الاتفاق ، أى بموجب تصرف قانوني .

ويصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ، فينشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، إذا انتقلت ملكية أحد العقارين لشخص غير المالك الأصلي ، أو انتقلت ملكية كل من العقارين لشخصين مختلفين ، وذلك بأي سبب من

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

(٢) وقد قضى بأن علاقة التبعية التي أوجدتها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقاً بالمعنى القانوني إلا عند ما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، ومن هذا الوقت فقط . أما قبل ذلك فإن هذه العلاقة ، وإن كانت تقوم فعلاً ، لا تعتبر ارتفاقاً وذلك لما يتطلبه القانون في أن يكون مرتباً على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٨ ص: ١٣٩٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ .

أسباب انتقال الملكية (١) . فيجوز أن ينقل المالك الأصلي ملكية أحد العقارين (أو ملكية جزء من أجزاء العقار الواحد) لشخص آخر بعقد معاوضة ، كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى . كالهبة الوصية . ففي جميع هذه الأحوال يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ، المالك الأصلي والشخص الذى انتقلت إليه ملكية العقار الآخر . بل يجوز أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق نزع الملكية جبراً للمنفعة العامة ، أو عن طريق بيعه فى المزاد الجبرى تنفيذاً للدين فى ذمة المالك الأصلي (٢) . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق الشفعة ، أو عن طريق التقادم المكسب (٣) .

ويجوز كذلك أن ينقل المالك الأصلي ملكية العقارين معاً إلى مالكين مختلفين ، إما بعقد معاوضة كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى كالهبة والوصية . وكذلك يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلي واقتسمت الورثة تركته ، فالعقاران بموجب الميراث والقسمة إلى وارثين كل منهما يختص بعقار من العقارين (٤) .

٥٨٨ - عدم نشوء من الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم

نشوء : وقد رأينا (٥) أن العبارة الأخيرة من المادة ١٠١٧/٢ ملغى تقضى ، عند انتقال العقارين إلى مالكين مختلفين ، بنشوء حق الارتفاق ، ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك . والشرط الصريح الذى يقضى بعدم نشوء حق الارتفاق يكون موجوداً فى السند الذى جعل العقارين مملوكين للمالكين مختلفين ، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو شروط البيع بالمزاد الجبرى أو غير ذلك

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٢٢ ص ١١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يونيه سنة ١٨٦١ سيريه ٦٣ - ١ - ١٢٣ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ١٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٣) انظر فى كسب ملكية أحد العقارين بالتقادم المكسب : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٣٩ - ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٣ - ١ - ١٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

من الأسباب التي جعلت أحد العقارين مملوكا لمالك آخر ، أو جعلت العقارين معا مملوكين لمالكين مختلفين ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

فإذا كان هناك عقاران مملوكان لمالك واحد ، وعبد المالك في أحدهما العقارين طريقا ورصفا ليكون ممرا للعقار الآخر ، ثم باع العقار الذي انشأ فيه الطريق المعبد المرصوف لشخص آخر ، فقد قدمنا أنه بهذا البيع ينشأ حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . وليس على المالك الأصلي ، لإثبات نشوء حق الارتفاق لفائدة العقار الذي استبقاه ، أن يفعل أكثر من أن يطلب الرجوع إلى وضع العقارين أحدهما بالنسبة إلى الآخر ، وإلى وجود علامة ظاهرة لحق المرور هي هذا الطريق المعبد المرصوف . فإذا أنكر عليه المشتري للعقار الآخر نشوء حق الارتفاق ، فعلى هذا المشتري أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح يقضي بأنه لا يعتد بهذه العلامة الظاهرة ، وأن المشتري قد اشترى العقار خاليا من حق ارتفاق بالمرور لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . فإذا لم يقدم المشتري عقد البيع ، أو قدمه ولم يكن فيه هذا الشرط الصريح السالف الذكر ، سلم للمالك الأصلي دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه . وسكوت عقد البيع عن علامة الطريق الظاهرة ، وعدم تعرضه لنفي دلالتها من وجود حق ارتفاق بالمرور ، إقرار من المشتري بأنه قبل قبولا ضمنيا بنشوء حق الارتفاق . وكذلك يكون الحكم لو أن حق الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي هو حق ارتفاق بالمطل ، وقد دلت عليه علامة ظاهرة هي فتح نافذة في غير المسافة القانونية . فإذا أراد المشتري للعقار المرتفق به نفي وجود هذا الارتفاق ، فعليه أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط ينفي وجود ارتفاق بالمطل . ونرى من ذلك أنه سواء كان الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي ارتفاقا ظاهرا غير مستمر كحق المرور ، أو ارتفاقا ظاهرا مستمرا كحق المطل ، فإن الحكم واحد . ففي الحالتين لا يكلف المالك الأصلي بتقديم عقد البيع . ويبقى على دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور أو بالمطل ، إلى أن يقدم

المشترى عقد البيع ويثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح يخالف لنشوء حق الارتفاق . وقد قدمنا أن نص المادة ١٠١٧ مدني لا يفرق في هذا الحكم بين الارتفاق الظاهر المستمر والارتفاق الظاهر غير المستمر (١) .

المبحث الثالث

التقادم المكتسب

(Prescription acquisitive)

٥٨٩- المسائل التي يترافقها كسب من الارتفاق بالتقادم : يشترك كسب حق الارتفاق بالتقادم مسائل ثلاثا : (١) حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم . (٢) حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم . (٣) مدة التقادم .

١٩- حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم

٥٩٠- وجوب أنه يكون من الارتفاق ظاهرا متى يجوز كسبه بالتقادم : قدمنا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . ويؤخذ من هذا النص أنه لا يجوز كسب الارتفاق بالتقادم إلا إذا كان ارتفاقا ظاهرا . وينبنى على ذلك ما يأتي : (١) حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم . (٢) حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم . (٣) حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم . يضاف إلى ما تقدم أنه كما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر ، مستمرا كان أو غير مستمر ، بالتقادم . يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر .

(١) أما التقنين المدني الفرنسي فيفرق بين الحالتين ، إذ تقضي المادة ٦٩٢ منه بأن المالك الأصلي لا يحمل عبء الإثبات ولا يكلف بتقديم عقد البيع في حالة الارتفاق الظاهر المستمر ، في حين أن المادة ٦٩٤ منه تقضي في حالة الارتفاق الظاهر غير المستمر بتحميل المالك الأصلي عبء الإثبات . وبتكليفه تقديم عقد البيع ليثبت أنه لم يرد فيه شرط صريح يقضي بنشوء حق الارتفاق (انظر آتفا فقرة ٥٨٥) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٥٦٠ .

٥٩١ - من الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم :

وحق الارتفاق غير الظاهر هو ، كما قلنا (١) ، ارتفاق ليست له علامة خارجية تتم عن وجوده . وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفاق بالمرور إذا لم يكن للطريق الذى يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة . ونرى من ذلك أن ظهور حق الارتفاق له معنى خاص يختلف فيه عن ظهور الحيازة ، فقد تكون حيازة الارتفاق بالمرور ظاهرة إذا بوشر الارتفاق فى علانية على ملأ من الناس وبخاصة فى مواجهة مالك العقار المرتفق به ، ويكون الارتفاق بالمرور فى الوقت ذاته غير ظاهر إذا لم تكن للطريق معالم ظاهرة كما سبق القول .

وكان المنطق يقضى بأنه فيما يتعلق بالتقادم . وهو قائم على الحيازة ، لا يعتد بالمعنى الخاص لظهور حق الارتفاق ويكفى الوقوف عند المعنى العام لظهور الحيازة . فحق المرور مثلا . مادام يباشر بطريقة علنية . يجوز كسبه بالتقادم إذا توافر فى الحيازة شرط الظهور . حتى لو لم يكن للطريق معالم ظاهرة فلم يكن الارتفاق ظاهرا بالمعنى الخاص . ولكن التقنين الملتزم اشترط مع ذلك أن يكون حق الارتفاق ظاهرا بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم ، ولم يكتف بظهور الحيازة بالمعنى العام . وعلى ذلك لا يجوز كسب حق الارتفاق بالمرور بالتقادم إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة . حتى لو كانت حيازة الارتفاق ظاهرة وتباشر بطريقة علنية (٢) . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن التقنين الملتزم الجديد ، لما أراد أن يخالف القاعدة التقليدية التى سار عليها التقنين الملتزم الفرنسى فى اشتراط الاستمرار والظهور فى حق الارتفاق حتى يتمكن كسبه بالتقادم (انظر م ٦٩٠ مدنى فرنسى) . عدل عن شرط الاستمرار لما فيه من

(١) انظر آتفاقرة د د .

(٢) ولذلك يكون غير دقيق ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فقد جام فيها ما يأتى : « واشترط فى كسب حق الارتفاق بالتقادم ، أن يكون ظاهراً . وذلك حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء » (مجموعة الأعمال الحضيرية ٦ ص ٦٢٨) . وواضح أن هذه العبارة تجعل الخفاء فى الحيازة هو نفس عدم الظهور فى حق الارتفاق . على ما بين الأمرين من تباين . هذا من الناحية التقليدية . على أن المشرع المصرى قد أراد . على ما يظهر ، أن يجعل الظهور فى حيازة حق الارتفاق يثير بوجود معالم ظاهرة ، وهكذا يجب أن يكون الظهور فى حيازة هذا الحق لأن الحق يقتضى ذلك ، كما سمى . فى المتن .

صنعة متكلفة لا مبرر لها ولا يفسرها إلا تقاليد القانون الفرنسى القديم (١) ، ولكنه استبقى شرط الظهور . على أن اشتراط الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق هو أيضا ، كاشتراط الاستمرار ، لا مبرر له ولا يفسره إلا تقاليد القانون الفرنسى القديم (٢) . ولكن التقنين الملى المصرى الجديد استبقى مع ذلك شرط الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق ، لأن حق الارتفاق ، حتى يجوز كسبه بالتقادم ، يحسن أن يكون من الظهور بحيث تكون له معالم ظاهرة ، فلا يكفى الظهور بمعناه العام فى الحياة . فحق الارتفاق يقتضى لما فيه من دقة ولما قد ينطوى عليه من خفاء ، ظهورا أوضح . فلم يكن ظهور حيازة الارتفاق بهذا المعنى ، فى نظر التقنين الملى المصرى الجديد ، إلا تطبيقا خاصا للظهور فى الحياة بمعناه العام (٣) .

٥٩٢ - من الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم : فاذا توافر

لحق الارتفاق شرط الظهور بالمعنى الخاص ، وتوافر إلى جانب ذلك شرط الاستمرار ، فلا شك فى جواز كسبه بالتقادم ، كما هو الأمر فى التقنين الملى الفرنسى (م ٦٩٠ ملى فرنسى) .

فاذا فتح شخص فى حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية من حدود عقار جاره ، وظل هذا المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسب الحق بالتقادم ، فانه يكسب بالتقادم حق الارتفاق بالمطل . ذلك بأن المطل ارتفاق ظاهر وعلامته الظاهرة هى هذه النافذة المفتوحة على ملك الجار ، وهو فى الوقت ذاته ارتفاق مستمر لا يحتاج فى مباشرته إلى عمل الإنسان كما قدمنا فى تعريف الارتفاق المستمر (٤) .

فاذا ما كسب صاحب العقار المرتفق بالتقادم حق الارتفاق بالمطل على النحو الذى قدمناه ، كان له الحق فى استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو ، وليس للجار وهو صاحب العقار المرتفق به أن يعترض ،

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٥٦ ص ٩٢٤ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٥٦ .

(٣) قرب من هذا المعنى بودرى وشوقو ققرة ١١٠٨ ص ٨٣٥ - وقارن شفيق شحاته

ققرة ٢٢٧ هامش ٢ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ٢٨٥

(٤) انظر آتفا ققرة ٥٥٤ .

حتى لو كان المثل مفتوحاً في حائط على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطا في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، وذلك حتى لا يسد المثل المكسوب بالتقادم (م ٨١٩ / ٢ مدني) . فإذا أقام الجار حائطا في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فإنه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلا لأنه يكون مفتوحاً في هذه الحالة في حدود المسافة القانونية (١) . ويكسب صاحب المثل بالتقادم حق ارتفاع بالمثل في نطاق الحياة التي كانت أساسا للتقادم . فمن كسب بالتقادم حق المثل من نافذة واحدة ، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى . ومن كسب مطلا في الطابق العلوي ، لا يحق له أن يفتح مطلا في طابق أعلى أو في طابق أسفل . ومن كسب بالتقادم حق ارتفاع بالمثل ، إذا كان لا يستطيع أن يضيف إليه مطلا آخر ، فإنه يستطيع أن يزيد في سعة المثل الذي كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات . وإذا تهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المثل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة . ولكن إذا بقي الحائط مهتما مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المثل لا يرجع من جديد . لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (٢) .

٥٩٣ - من الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم :

والتقنين المدني المصري الجديد ، كما قلنا (٣) ، لا يشترط في حق الارتفاق أن يكون مستمرا حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وذلك خلافا للتقنين المدني الفرنسي الذي يوجب في حق الارتفاق حتى يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمرا مطاوعة لتقاليد كان القانون الفرنسي القديم يجري عليها (٤) . ولم ير المشرع

(١) نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام التقاضي في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٦ رقم ٦ .

(٢) انظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٤ - ص ٧٨٧ والمراجع والأحكام المشار إليها هناك .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥٩١ .

(٤) انظر انتقادا للتقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة في بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٢٥ - ص ٩٢٦ - وانظر كيف ذلل القضاء هذه الصعوبة ، فجعل ما يكسب بالتقادم ، ليس هو حق الارتفاق غير المستمر كحق الميور في طريق معين ، بل حق الملكية الكاملة لهذا الطريق : أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١١٣ - بودري وشوفو فقرة ١١٠٩ - -

المصري الأخذ بهذه التقاليد التي لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر ، ومن ثم لم يشترط الاستمرار حتى يكسب الارتفاق بالتقادم . فحق المرور ، وهو ارتفاق غير مستمر لأنه يحتاج في استعماله لعمل الإنسان . يجوز كسبه بالتقادم في التقنين المدني المصري ما دام ارتفاقاً ظاهراً ، أى ما دام الطريق الذي يباشر فيه الارتفاق له معالم ظاهرة كما سبق القول . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ ، كما رأينا (١) ، إذ تقول : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

فحق المرور إذن يجوز كسبه بالتقادم (٣) ، ما دامت معالم الطريق ظاهرة

— بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٧ — نقض فرنسي ٢١ يونيو سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٦١ — ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي بليه ١٩٢٤ — ٢ — ٦٩٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ — ٩٧٥٤ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ وفقرة ٥٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ولم يشترط الاستمرار بما له من معنى خاص في حقوق الارتفاق ، أى أن يكون الارتفاق غير محتاج في استعماله إلى عمل الإنسان . وبذلك أصبح جائزاً أن يملك حق المرور بالتقادم ، خلافاً لما يقضى به التقنين الفرنسي اتباعاً لقاعدة فرنسية تقليدية ، لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ — ص ٦٢٩) .

وكان القضاء في مصر ، في عهد التقنين السابق ، يشترط الظهور والاستمرار في حق الارتفاق لإمكان كسبه بالتقادم ، وذلك دون سند من النصوص واتباعاً للتقنين المدني الفرنسي (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٨ — ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٤١ — ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ — ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ١٣ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ — ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ — ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٨ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ — ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٨ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٥٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ — ١٥ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١١) . فجاء التقنين المدني الجديد واضحاً في عدم اشتراط الاستمرار .

(٣) والمفروض هنا أن العقار المرتفق ليس محبوساً عن الطريق العام ، إذ لو كان محبوساً لكان من حق صاحبه أن يمر من الطريق المجاور طبقاً للشروط المقررة في حق المرور القانوني باعتباره قيدا على ملكية العقار المجاور ، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى التقادم لكسب حق المرور في هذه الحالة إذ يكون الحق ثابتاً منذ البداية (انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٥ وما بعدها) . أو يكون العقار المرتفق محبوساً عن الطريق العام ، ولكن صاحب هذا العقار يختار مراً له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني ، بل في عقار آخر (انظر آنفاً فقرة ٢٦٨) .

حتى يكون ارتفاعاً ظاهراً كما قدمنا . وغنى عن البيان أنه إذا لم يشترط استمرار حق الارتفاق بهذا المعنى الخاص في حقوق الارتفاق ، أى وجوب تدخل عمل الإنسان في استعماله ، فإن الاستمرار بالمعنى العام في الحياة واجب حتى يكسب حق المرور بالتقادم . فيجب أن يكون صاحب العقار المرتفق مداوماً على المرور في العقار المرتفق به ، وفي الطريق المعد لذلك وهو طريق ظاهر المعالم كما قدمنا . فإذا كان المرور متقطعاً غير منتظم ، يستعمل بين الفينة والفينة على فترات متباعدة دون أن يكون لها مواعيد محددة ، فإن المرور في هذه الحالة يحمل على أنه عمل من أعمال التسامح ، وأعمال التسامح لا تصلح أساساً لكسب الحق بالتقادم لانتهاء عنصر القصد في الحياة (١) . وليس يلزم من ذلك أن حق المرور يجب استعماله باستمرار طول الوقت دون أن ينقطع ، فإن هذا أمر مستحيل فوق أنه لا ضرورة له . بل يكفي أن يستعمل حق المرور بطريقة منتظمة ، من وقت إلى آخر ، في المواعيد التي يحتاج فيها للمرور ، على أن يكون استعمال الحق على هذا النحو مضطرباً غير منقطع (٢) .

٥٩٤ - طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبها بالتقادم :

وكما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم ، يجوز أيضاً أن يكسب بالتقادم طريقة استعماله . ذلك بأن طريقة الاستعمال فرع عن حق الارتفاق نفسه ، وإذا كان الأصل يجوز كسبه بالتقادم فأولى أن يجوز كسب الفرع بنفس السبب . فإذا كسب شخص بالارتفاق حق ارتفاعاً بالمطل على عقار جاره بفتح نافذة واحدة في طابق معين من منزله على مسافة أقل من المسافة القانونية ، جاز له إذا عدل طريقة استعمال الارتفاق ، أن يكسب بالتقادم طريقة الاستعمال المعدلة . فإذا فتح مثلاً نافذة أخرى إلى جانب النافذة الأولى ، أو فتح نافذة أخرى في طابق أعلى أو أسفل ، واستمر على ذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه

(١) انظر آتياً فقرة ٢٦٨ .

(٢) وليس يلزم أن تكون العلاقة الظاهرة لحق الارتفاق الذي يكسب بالتقادم من عمل مالك العقار المرتفق نفسه ، فقد تكون من عمل الغير ويستقيم مالك العقار المرتفق لحساب نفسه بعد أن يعلم بوجودها ، فيكون الارتفاق ظاهراً ويصح كسبه بالتقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١) .

يكسب بهذا السبب ما أدخله من التعديل على حق ارتفاقه الأصلي الذي كسبه بالارتفاق .

وإذا كسب بالارتفاق حق ارتفاق بالمرور في عقار جاره على أن يمر مَرَجَلاً ، ثم أخذ يمر في عربة أو يمر وتجر معه مواشيه ، وبقي كذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل في استعمال حق ارتفاقه الأصلي الذي كسبه بالارتفاق . فيجوز له ، بعد تمام مدة التقادم ، أن يمر في عربة أو أن يمر مع مواشيه ، دون أن يكون لصاحب العقار المرتفق به حق الاعتراض على ذلك (١) .

٢٤ - حيازة من الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم

٥٩٥ - الحيازة في من الارتفاق كالحيازة في الملكية : قدمنا (٢) أن

الحيازة هي وضع مادي ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق . ويستوى في ذلك حق الملكية ، وهو المقصود من السيطرة الفعلية على الشيء . وغيره من الحقوق . والسيطرة الفعلية على الحق يكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق . فإن كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشيء محل الحق ، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل الملكية . وإن كان حق ارتفاق ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلاً ، فيمر الحائر في أرض الجار في الارتفاق بالمرور ، أو يفتح نافذة في حائطه على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره في الارتفاق بالمطل .

ومن ذلك نرى أن الشروط العامة للحيازة واحدة ، سواء كانت الحيازة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الارتفاق . فإن كانت واقعة على حق الارتفاق ، وجب ، حتى تؤدي إلى كسب هذا الحق بالتقادم ، أن تكون بوجه عام مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة .

(١) وفي فرنسا يجوز أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق ، بشرط أن يكون الارتفاق مستمراً ظاهراً ، جرياً على الأصل الذي ساروا عليه (بودري وشوفو فقرة ١١٠٢ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٥١ .

و كل ما قررناه في هذا الشأن ، عند الكلام في النظرية العامة للحيازة (١) ، ينطبق هنا في حيازة حق الارتفاق (٢) . وقد لا حظنا فيما تقدم أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر ، وهذا المعنى غير مطلوب في الشرطين العاملين للاستمرار والظهور في الحيازة . فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر ، والعبرة في هذه الحالة باستمرار الحيازة . فإذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام ، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم ، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص ، وقد تقدم بيان ذلك . وكذلك الظهور في الحيازة ، غيره في حق الارتفاق ، ولكن هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، أى أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة ، حتى تؤدي الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . وقدما أن التفتين المدنى الجديد يخلط ما بين الظهور في حق الارتفاق والظهور في الحيازة ، ويجعلهما شيئا واحدا هو الظهور في حق الارتفاق لاعتبارات عملية (٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حقوق الارتفاق ، ومنها حق الشرب ، إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية . فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم ، وجب عليها أن تبين في حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته ، من وضع اليد وصفته ومظهره واستمراره طوال المدة المكسبة له ، حتى يتيسر لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون . فإذا كان الحكم الذى قضى بثبوت ذلك الحق خالياً من بيان العناصر الواقعية التى تفيد أن مدعيه كان يستعمل الفتحة المتنازع عليها لرى أرضه من مياه الراحة ، وأن استعماله لها في هذا الغرض كان ظاهراً غير غامض ، ومستمر مدة خمس عشرة سنة ، فهذا يكون قصوراً في التيسير عليه ويستوجب نقضه (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ بمجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التى قضى استئنافاً بتأييد الحكم الصادر بإعادة فتحها ، قد فتحها صاحبها في الدور الأرضى من منزله على مسافة بضعة سنتيمترات فقط من نهاية ملك جاره ، وأنه فتحها في فرصة تهدم سور الجار أمامها ، وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر في ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ، ومنع مجال النظر أمامها من أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل ، فهذه الحالة لا يصح وصفها بأنها وضع يد لو استطلت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذى يدعيه ، وذلك لعدم انتفاء الإيهام الذى يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده ، ولعدم تحقق وصف الهدوء وعدم النزاع من الجار (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٥ رقم ٥) .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥٩١ .

وكذلك ما قررناه من وجوب توافر الحيابة على عنصرها المادى والمعنوى ينطبق هنا فى حيازة حق الارتفاق ، حتى تؤدى الحيابة إلى كسب هذا الحق بالتقادم (١) . ونقف . فى العصر المعنوى للحيابة ، عند ما سبق أن قررناه من انتهاء هذا العنصر فى أعمال التسامح (actes de simple tolérance) وفى اتيان الرخصة من المباحات (actes de pure faculté) (٢) ، لنعيد فى إيجاز ما قدمناه فى هذا الشأن مطبقا على حيازة حق الارتفاق .

٥٩٦ - أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق لا تؤدى إلى كسبه

بالتقادم : وأكثر ما ترد أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق . فهى تتضمن حيازة مادية لحق الارتفاق ، أى أعمالا تعتبر استعمالا فعليا لهذا الحق . ولكن صاحب العقار المرتفق به لا يحمل هذه الأعمال على محمل الاعتداء على عقاره ، بل يكون قد رخص لجاره فى القيام بها ، ترخيصا صريحا ، أو ترخيصا ضمنيا بالسكوت عليها . فىكون هذا تسامحا منه نحو جاره ، محافظة منه على حسن الجوار . وكذلك الجار الذى يستعمل حق الارتفاق إنما يستعمله لا بقصد الاعتداء على ملك جاره . بل هو يستعمله بناء على هذا الترخيص الصريح أو الضمنى الصادر له من جاره . فتكون الحيابة هنا قد تجردت عن عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد . ولذلك لا تقوم ، ومن ثم لا تؤدى إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . فإذا أقام الجار بناء فى الحد الفاصل بين أرضه وأرض جاره وكانت الأرض الأخيرة أرضا فضاء ، وفتح الجار نافذة فى الحائط المقام فى الحد الفاصل ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض جاره يفتح المظل على سبيل التسامح ، لأن فتح المظل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضره أن يفتح جاره مطلا عليها . وتكون حيازة صاحب المظل قائمة على تسامح من الجار ، فهى حيازة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمطل ولو بقى المظل مفتوحا خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، يملك طباختها مر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر ، وثبت أن الجار قد ترك

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٢٦٨ .

جاره يمر في أرضه على سبيل التسامح . فعند ذلك تكون حيازة هذا الأخير لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد . فلا يستطيع أن يكسب حق المرور بالتقادم ولو بقي يمر في أرض الجار خمس عشرة سنة أو أكثر .

وقاضي الموضوع هو الذي يتقدر ما إذا كانت الأعمال التي قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح . فلا تكسبه هذه الأعمال حق الارتفاق بالتقادم . وينظر القاضي في ذلك إلى مقدار ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات للجار . وإلى مقدار ما لهذا الجار من مصلحة في معارضة هذه الأعمال . فإذا لم تكن هذه الأعمال من شأنها أن تضايق الجار كثيراً ، وكان لهذا الجار مصلحة في عدم معارضتها حفاظاً منه على حسن الجوار . ورعاية منه لما يقوم بينه وبين جاره من علاقة ود لا ينبغي أن يعكر صفاءها ، أمكن أن يستخلص من كل ذلك أن الجار قد احتمل من جاره هذه الأعمال على سبيل التسامح . وأن هذا الأخير لم يقيم بهذه الأعمال اعتداء على حق الجار ولكن لما آتته من روح التسامح عند هذا الجار ، (١) .

٥٩٧ - إتيان الرخصة من المباحات لا يؤدي إلى كسب من ارتفاق

بالتقادم : وقدّمنا (٢) . أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني تنص على أنه لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . لو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح . والعمل الذي يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات هو محض رخصة يأتيها ، وليس لأحد أن يمنعه منها . فلا هو في إثباتها حاز حق ارتفاق ولو محض حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده قصد استعمال حق ارتفاق . ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة ، لتخلف عنصرها المادي والمعنوي معاً . ففي حين أن أعمال التسامح يقوم بها العنصر المادي للحيازة دون عنصرها المعنوي . إذا باتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة أصلاً . لا في عنصرها المعنوي ولا في عنصرها المادي . فإذا فتح شخص مطلقاً مستوفياً لقيد المسافة .

(١) انظر في كل ما تقدم آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا في حدود ملكه . لأن صاحب المثل لم يكسب حق ارتفاع قبل جاره بفتح المثل . إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات . وإذا أقام شخص حائطا على حدود ملكه ، وفتح في هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات ولم يقصد من فتح المنور الاعتداء على حق لأحد ، ولم يقع فعلا أي اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ، ولا يكسب حق ارتفاع قبل الجار . ويجوز للجار . حتى لو بقي المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، أن يقيم في حدود ملكه حائطا يسد به المنور . ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم . كذلك لو أصبح الحائط الذي فتح فيه المنور حائطا مشتركا ، فانه يجوز للجار الآخر أن يطلب سد المنور بعد أن أصبح الحائط مشتركا . ولا يجوز لصاحب المنور أن يقول إن المنور بقي مفتوحا خمس عشرة سنة فكسب حق ارتفاع بالتقادم . ونرى من كل ذلك أن إتيان رخصة من المباحات . كالقيام بعمل من أعمال التسامح ، لا تقوم به حيازة ، ولا يؤدي إلى كسب حق ارتفاع بالتقادم .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادية والمعنوية . فتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدي إلى التقادم . مثل ذلك أن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعارض به حق المالك ، ويشعره بأنه إنما يجوز حق ارتفاع وأنه يقصد استعماله فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصران المادي والمعنوي . فإذا فتح شخص منورا في الحائط القائم على حدود ملكه ، ولما أراد جاره أن يبني حائطا هو الآخر في حدود ملكه يسد المنور منعه الجار من ذلك . ورضخ جاره فذا المنع ، فان هذا عمل مادي دل به الجار على أنه بفتح المنور لا يقصد أن يأتي رخصة من المباحات ، بل قصد أن يستعمل حق ارتفاع . ومن ثم إذا ظل على هذه الحال خمس عشرة

سنة ، كسب حق ارتفاق بالتقادم . ولم يستطع جاره أن يسد المنور ، وإذا أصبح الحائط المفتوح فيه المنور حائطا مشتركا لم يجز أيضا سد المنور فقد كسب الجار حق فتحه بالتقادم . وإذا عمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف المكان الذي يمر فيه وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة التي توافر فيها عناصرها المادية والمعنوية ، واستدر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها وتكسب صاحبها حق ارتفاق بالمرور (١) .

٣٩ - مدة التقادم

٥٩٨ - مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي : لما كان حق الارتفاق عقارا : وكان كسب العقار بالتقادم إما أن يكون بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . فإن المادة ٦٩٠ مدني فرنسي خرجت على هذه القاعدة العامة إذ جاءت محددة لنوع التقادم الذي يكسب به حق الارتفاق ، فهي تقول : « الارتفاقات المستمرة الظاهرة تكسب بالسند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة » . وإزاء هذا النص الصريح ، جرى القضاء والفقه في فرنسا على أن حق الارتفاق لا يكسب إلا بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم ثلاثين سنة كما تصرح المادة ٦٩٠ مدني فرنسي سالفة الذكر ، فحق الارتفاق إذن لا يكسب بالتقادم القصير أي بحيازة تدوم ما بين عشر سنوات وعشرين سنة (٢) . ويستند هذا الرأي ، إلى جانب صريح نص المادة ٦٩٠ مدني فرنسي سالفة الذكر ، إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي ، حيث يصرح Malleville وهو أحد واضعي هذا التقنين بأنه « بالنسبة إلى كسب حقوق الارتفاق ، لا يقر

(١) انظر في كل ذلك آتيا فقرة ٢٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٨٢٤ دالوز ٣٥ - ١ - ٦٥ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٧٥ صيريه ٧٦ - ١ - ١٠٣ - بيزانسون ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٢٠٨ - ديملومب ١٢ فقرة ٧٨١ - لوران ٨ فقرة ١٩٤ - توليه ٣ فقرة ٦٣٠ - ماركاديه تحت المادة ٦٩٠ فقرة ٢ - بيمانت ٢ فقرة ٥٤٦ مكررة - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ وهندس ١ - بودري وشوفو فقرة ١١١٣ .

التنين المدني من أنواع التقادم إلا التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة ، . هذا إلى حجة منطقية يضيفها أصحاب هذا الرأي ، فيقولون إن السبب في جواز كسب الملكية ذاتها بالتقادم القصير وعدم جواز كسب حق الارتفاق بهذا النوع من التقادم يرجع إلى أن حيازة الملكية أى حيازة الشيء محل الملكية ، أمر محسوس يمكن التثبت منه أكثر من التثبت من حيازة حق الارتفاق ، إذ أن حيازة حق الارتفاق تدق كثيرا ، فلم ير المشرع الفرنسي أعمال التقادم القصير بالنسبة إليها ، ولم يفسح المجال فيها إلا للتقادم الطويل (١) .

وينتقد جانب من الفقه الفرنسي هذا الرأي (٢) : ويذهب إلى أن المادة ٦٩٠ مدني فرنسي ، عندما قررت أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة مدة ثلاثين سنة : إنما أرادت أن تستبعد قاعدة كانت مقررة في القانون الفرنسي القديم (٣) : وكانت تقضي بأن حق الارتفاق لا يكسب بالتقادم إلا إذا كان مصحوبا بسند . فأراد المشرع الفرنسي أن يعدل عن هذه القاعدة القديمة : وأن يجعل حق الارتفاق يكسب بالتقادم كسائر الحقوق العينية ولو لم يكن مصحوبا بسند . ولم يتمثل وقت وضع المادة ٦٩٠ مدني فرنسي إلا حالة ما إذا كان حائز العقار المرتفق به هو مالكة الحقيقي كما هو الغالب ، فقرر أن من يحوز حق ارتفاق على هذا العقار يملكه بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، وعنى بذلك أن حائز حق الارتفاق يملك هذا الحق بالتقادم دون حاجة إلى سند . ولم يخطر على باله وقت وضع هذه المادة حالة التقادم القصير ، وهي حالة معقدة تقضي أن يكون حائز العقار المرتفق به هو غير مالكة الحقيقي وقد رتب على هذا العقار حق ارتفاق بموجب الاتفاق ، حتى يقال إنه أراد بنص المادة ٦٩٠ مدني فرنسي استبعاد تملك حق العقار في هذه الحالة بالتقادم القصير . فللمادة ٦٩٠ مدني فرنسي لا شأن لما إذن بنوع التقادم الذي يكسب به حق الارتفاق . وكل

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ هامش ١ - بودري وشوفو فقرة ١١١٣

ص ٨٤٢ .

(٢) ديرانتون ٥ فقرة ٥٩٣ - ترولون في التقادم ٢ فقرة ٨٥٦ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ -

بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣١٥٩ - جرسران

١ فقرة ١٩٩٦ - مازو فقرة ١٧٢٠ - وانظر مارتى ورينو فقرة ١٥٤ .

(٣) عادات باريس وأورليانس (coutumes de Paris et d'Orléans) .

ما أرادت أن تقول هو أن حق الارتفاق يكسب بالتقادم دون حاجة إلى سند. ولما كانت المادة ٧٢٦٥ مدني فرنسي تقرر في نص عام شامل أن العقار يكسب بالتقادم القصير إذا كان هناك سبب صحيح واقرنت الحيازة بحسن النية ، فإن حق الارتفاق كغيره من العقارات يدخل في عموم هذا النص ، ويجوز أن يكسب هو الآخر بالتقادم القصير متى وجد السبب الصحيح وحسن النية . وإذا لم يكن هناك شك في أن حق الملكية يكسب بالتقادم القصير . فكيف ينكر على حق الارتفاق ، وهو دون حق الملكية مرتبة ، أن يملك هو أيضا بالتقادم القصير (١) .

٥٩٩ - مدة التقادم في التقنين المدني المصري : أما في التقنين المدني المصري ، فالمسألة لا تحتل أي خلاف . فإن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدني ، كما رأينا (٢) ، تنص على ما يأتي : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . فلم تنقل ما قرره المادة ٦٩٠ مدني فرنسي من أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة ، بل قررت أن حق الارتفاق الظاهر يكسب بالتقادم اطلاقاً ، دون تمييز بين التقادم الطويل والتقادم القصير . فلم يعد هناك محل ، في القانون المصري ، للوقوف في كسب حق الارتفاق على التقادم الطويل دون التقادم القصير . بل يجب القول دون أي تردد أن حق الارتفاق ، في القانون المصري ، يكسب بالتقادم القصير كما يكسب بالتقادم الطويل . متى كان حق الارتفاق ظاهراً .

فحق الارتفاق الظاهر يكسب إذن بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . فإذا حاز شخص على عقار جاره حق ارتفاق ظاهر ليس له كحق مثال أو حق مرور . واستمر حائزاً له مدة خمس عشرة سنة . وتوافرت في الحيازة عناصرها المادية والمعنوية وكذلك توافرت شروطها .

(١) بيدان ٤ فقرة ٧٦٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٧٥٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

فان الحائز لحق الارتفاق يمتلك هذا الحق بالتقادم الطويل (١) .
 وحق الارتفاق الظاهر يكسب أيضا بالتقادم القصير ، أى بمحاذاة تدوم
 خمس سنوات . فاذا كان حائز العقار المرتفق به لا يملكه ، سواء كان حائزا
 بحسن نية أو بسوء نية ، ورتب على العقار الذى يحوزه حق ارتفاق بالمطل أو
 حق ارتفاق بالمرور مثلا ، بموجب اتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق ، فان
 هذا الأخير لا يملك حق الارتفاق بهذا الاتفاق ، لأن الاتفاق صادر من غير
 مالك . ولكن إذا كان حسن النية أى يعتقد أنه تعاقد مع المالك ، وحاز حق
 الارتفاق حيازة مستوفية لعنصرها ولشرائطها ، وكان حق الارتفاق ظاهرا ،
 ودامت حيازته خمس سنوات ، فانه يمتلك حق الارتفاق بالتقادم القصير (٢) .

(١) وإذا كان العقار المرتفق به موقوفاً ، كانت مدة التقادم المكسب ثلاثا وثلاثين سنة
 (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٣٩ ص ٢٨٦ - استئناف مخطط
 ٥ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٩) .

ولا بد من إثبات انقضاء مدة التقادم ، فلا يكفى القول بأن حق الارتفاق قائم منذ زمن
 بعيد ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق
 بالرى من ترعة على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن « لأرض الوقف سواق ومرأوى تأخذ
 المياه من هذه التربة » ، وأن حالتها تدل على أنها عملت من زمن قديم جداً ، فحق الرى إذن من
 هذه التربة قد ثبت قانوناً لأرض الوقف منذ كانت هذه التربة مروى قبل أن توسعها الحكومة ،
 فهذا الحكم يكون مشوباً بالقصور متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى
 لأحكام النقض فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٢) ، وانظر أيضاً نقض مدنى
 ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٤ . وقضت أيضاً بأنه إذا
 أسست المحكمة قضاها بثبوت حق الارتفاق على الحكم الصادر بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى
 فى حق ارتفاق الرى ، مع أن هذا الحق لم يثبت بعد وكل ما أثبتته الحكم المذكور هو مجرد حيازة
 ظاهرة على المسقى يحميها القانون دون بحث فى أصل الحق من أساسه ، الأمر الذى كان يتعين معه
 على المحكمة مراعاة هذا الأساس . وإذ هى لم تفعل ولم تلق بالا إلى مدى الفرق بينهما ، مما كان له
 أثر فى قضائها من حيث تحديد مدة التعرض وتقدير التعويض وتقويم عناصره وانسحاب أثر ذلك
 التقدير إلى بدء التعرض المدعى به وتحديد مقابله عن مدة سابقة مع منازعة المدعى عليه فى نشوء
 ملكيته فى تلك المدة ، فان حكمها يكون معلوم الأساس القانونى مما يستوجب نقضه (نقض مدنى
 ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٣) .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢
 م ٣٥ ص ٤٠١ .

أما بالنسبة إلى حائز العقار المرتفق به ، فانه ، إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ،
 يمتلك هذا العقار بالتقادم القصير . فلا يعود هناك محل فى هذه الحالة لحائز حق الارتفاق أن =
 (٨٦)

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

٦٠٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٩ مدني على ما يأتي :

« تخضع حقوق الارتفاق لقواعد المقررة في سند إنشائها ، ولما جرى به عرف الجهة ، وللأحكام الآتية » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠ فقرة ٢/٥١ فقرة ٢. (٢)
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٨٤ (٣) .

= يتمسك بالتقادم القصير ، لأن حائز العقار المرتفق به يكون قد تملك هذا العقار بالتقادم وذلك بأثر رجعي ، فيتبين أنه وقت أن رتب حق الارتفاق على العقار كان يملكه ، فيرتب حق الارتفاق بالارتفاق لا بالتقادم . وإذا كان حائز العقار المرتفق به سيء النية ، أو لم يكن لديه سبب صحيح ، فإنه لا يملك العقار إلا بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . وفي هذه الحالة وحدها يكون حائز حق الارتفاق مصلحة في أن يتمسك بالتقادم القصير ، إذ أنه يملك حق الارتفاق بهذا التقادم قبل أن يملك حائز العقار المرتفق به هذا العقار بالتقادم الطويل ، فليس أمام حائز حق الارتفاق إذا أراد استبقاء هذا الحق إلا أن يتمسك بأنه قد تملكه بالتقادم القصير .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠ فقرة ثانية/٥١ فقرة ثانية : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى ، وتجب فيه شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . (وحكم التقنين المدني السابق لا يختلف في مجموعه عن حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ : ويحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالسند الذي يحدثها . وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص بوافق التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٨٤ : ويحدد

استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالعكس الذي يحدثها . وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يطابق نص التقنين السوري . والنص الأخير مأخوذ منه ، وهو موافق للتقنين المصري) .

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ مَا يَنْتُجُهُ حَقُّ الِارْتِفَاقِ مِنْ آثَارٍ يَبِينُهُ عَادَةُ سَنَدِ
إِنْشَائِهِ ، مِنْ عَقْدٍ أَوْ وَصِيَّةٍ . فَمَا وَرَدَ فِي الْعَقْدِ أَوْ فِي الْوَصِيَّةِ فِي هَذَا الشَّأْنِ يَجِبُ
اتِّبَاعُهُ ، لِأَنَّ الْإِرَادَةَ هُنَا هِيَ مَصْدَرُ حَقِّ الِارْتِفَاقِ وَهِيَ الَّتِي تَبِينُ مَدَاهُ وَتُرْسِمُ
حُدُودَهُ . وَإِذَا كَانَ حَقُّ الِارْتِفَاقِ قَدْ كَسَبَ بِالتَّقَادُمِ ، فَانَّهُ يَكْتَسِبُ فِي نِطَاقِ
الْحَيَازَةِ الَّتِي كَانَتْ أَسَاسًا لِلتَّقَادُمِ . وَإِذَا كَسَبَ هَذَا الْحَقُّ بِتَخْصِيصِ الْمَالِكِ
الْأَصْلِيِّ ، فَهَذَا التَّخْصِيصُ هُوَ أَسَاسُ الْإِتِّفَاقِ الضَّمْنِيِّ الَّذِي يَقُومُ عَلَيْهِ هَذَا
الْمَصْدَرُ ، وَهُوَ الَّذِي يَبِينُ مَدَى حَقِّ الِارْتِفَاقِ وَيُرْسِمُ حُدُودَهُ كَمَا فِي الْعَقْدِ
وَالْوَصِيَّةِ .

وإلى جانب ذلك ، تَجِبُ مِرَاعَاةُ عَرَفِ الْجِهَةِ ، فِيمَا لَا يَتَعَارَضُ مَعِ
مَا تَقْدُمُ .

ثُمَّ إِنْ هُنَاكَ أَحْكَامًا أَوْرَدَهَا الْقَانُونُ ، تَكْمُلُ هَذَا وَذَاكَ فِيمَا لَا يَتَعَارَضُ
مَعَهُمَا ، وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ هِيَ الَّتِي تَتَوَلَّى بِحُجَّتِهَا هُنَا . وَبَعْضُهَا يَبِينُ آثَارَ حَقِّ الِارْتِفَاقِ
بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَالِكِ الْعَقَارِ الْمُرْتَفِقِ ، وَبَعْضُ آخَرٍ يَبِينُ هَذِهِ الْآثَارَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى
مَالِكِ الْعَقَارِ الْمُرْتَفِقِ بِهِ .

المبحث الأول

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق

٦٠١ - مَسْأَلَتَاهُ : نَبِذْتُ هَذِهِ الْآثَارَ : (١) مِنْ حَيْثُ تَحْدِيدُ مَدَى حَقِّ
الِارْتِفَاقِ وَاسْتِعْمَالِ هَذَا الْحَقِّ . (٢) وَمِنْ حَيْثُ الدَّعَاوَى الْمَحْوُولَةُ لِلْمَالِكِ الْعَقَارِ
الْمُرْتَفِقِ .

§ ١ - تَحْدِيرُ مَدَى مِنَ الْإِرْعَاقِ وَاسْتِعْمَالِ هَذَا الْحَقِّ

٦٠٢ - تَحْدِيرُ مَدَى مِنَ الْإِرْعَاقِ : قَدَمْنَا (١) أَنَّ مَدَى حَقِّ الِارْتِفَاقِ
يَتَحَدَّدُ تَبَعًا لِلسَّبَبِ الَّذِي أَنْشَأَ هَذَا الْحَقَّ .

فَإِنْ كَانَ سَبَبُ إِنْشَائِهِ الْعَقْدُ أَوْ الْوَصِيَّةُ ، وَجِبَ الرُّجُوعُ إِلَى مَا يَقْرَرُهُ
السَّنَدُ فِي هَذَا الشَّأْنِ . وَيُفْسَرُ الْقَاضِي إِرَادَةَ الْمُتَعَاقِدِينَ أَوْ إِرَادَةَ الْمُوصِي طَبَقًا
لِلتَّوَاعِدِ الْمَقْرَرَةِ فِي تَفْسِيرِ الْإِرَادَةِ ، وَهُوَ فِي تَفْسِيرِهِ لِهَذِهِ الْإِرَادَةِ يَبْتَغِي مَسْأَلَةَ

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٠ .

موضوعية ، لا معقب عليه فيها من محكمة النقض (١) . ويراعى القاضى فى تفسيره للسند ، ليجدد مدى حق الارتفاق ، أن يوفق ما بين فائدة العقار المرتفق وبين إلقاء أقل عبء على "عقار المرتفق به" ، مع ملاحظة أن يكون التفسير فى مسائل حق الارتفاق تفسيراً ضيقاً (٢) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق تخصيص المالك الأصلى ، فإن مدى حق الارتفاق يتحدد بهذا التخصيص ، وهو الذى وقع عليه الاتفاق الضمنى ما بين المالك الأصلى وصاحب العقار الآخر (٣) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق التقادم ، فإن الحيازة التى كانت أساساً للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق ، ويقدر ما حاز صاحب العقار المرتفق من حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصرها ولشرايطها يكون تحديد مدى حق الارتفاق الذى كسب بالتقادم (tantum prescriptum, quantum possessum) . فإذا كان صاحب العقار المرتفق قد كسب بالتقادم أن يفتح نافذتين على مسافة أقل من المسافة القانونية فى الطابق الأوسط من بنائه ، فهذا القدر يتحدد مدى حق ارتفاقه بالمطل ، وليس له أن يفتح إلى جانب النافذتين نافذة ثالثة ،

(١) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٣٢٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٠٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٧٠ - ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٥ ص ٩٥٤ هامش ٢ - ولكن ذلك لا يمنع من أن تفسر عبارات العقد أو الوصية ، فى ارتفاق بالمطل رتبة هذا السند فى عبارات واسعة ، بأن هذه العبارة تفيد أن الارتفاق يعمل أيضاً ارتفاقاً بعدم البناء ولو فى حدود المسافة القانونية ، فيقلب الارتفاق بالمطل على هذا النحو ارتفاقاً بالرؤية (بودرى وشوفو ققرة ١١٢٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ٢٩ يونيو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ١ - ٣٩) . ويصح أيضاً أن يكون مالك العقار المرتفق قد وسع من حق الارتفاق مما كان عليه فى السند أو ضيق منه ، عن طريق التقادم المكسب أو عن طريق عدم الاستعمال (بلانيول وريبير وبيكار ٢ ققرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - مارتى وريينو ققرة ١٢٨ ص ١٧٦ هامش ٦ - نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ - ١٨٤ : يمتد بالحيازة وتفسير السند)

(٣) بودرى وشوفو ققرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ١٨٩

ولا أن يسد نافذة من النافذتين ويفتح نافذة بدلا منها في طابق أعلى أو في طابق أسفل (١) .

ويلاحظ أنه في تحديد مدى حق الارتفاق ، أيا كان سبب إنشائه ، يجب أن يتضمن هذا الحق كل ما هو ضروري لاستعماله . وتنص المادة ٦٩٦ مدني فرنسي في هذا المعنى على أنه « إذا رتب حق الارتفاق ، فالمفروض أنه يتضمن كل ما هو ضروري لاستعماله . فالارتفاق باعتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور » (٢) . والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المجرى ، أي الحق في حفر مسقاة تجري منها المياه إلى الأرض المرتفعة . ويجب أن يكون الحق الذي يتضمنه الارتفاق ضروريا لاستعماله ، ولا يكفي أن يكون نافعا . فالارتفاق بالمجرى لا يتضمن ضرورة حق المرور ، حتى لو كان هذا الحق من شأنه أن ييسر استعمال حق الارتفاق (٣) . والارتفاق الإضافي يتبع الارتفاق الأصلي في مصيره ، فإذا انقضى الارتفاق الأصلي ولو بعدم الاستعمال انقضى تبعاً له الارتفاق الإضافي . وإذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الأصلي المدة الكافية لزواله بعدم الاستعمال ، لم يمنع من زواله أن يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الإضافي وحده (٤) .

٦٠٣ - مجزئة العقار المرتفق في نص قانوني: تنص المادة ١٠٢٤ مدني.

على ما يأتي :

١ - إذا جرىء العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به .

(١) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٢ - بودري وشوفو ققرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ - وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسي ٤ يولي سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ٣٥٦ .

(٢) انظر أيضاً م ٩٨٨ مدني سوري ، وم ٨٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني . (٣) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودري وشوفو ققرة ١١٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٦ ص ٩٥٦ .

(٤) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودري وشوفو ققرة ١١٢٦ ص ٨٥٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٦ - عبد الحليم البدراني ققرة ٣٠٦ .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (١) .

ونخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتجزئة العقار تتم بطرق مختلفة . فيجوز أن تتم بقسمة العقار قسمة إفراز ، ويختص كل شريك بجزء مفرز ، وفي هذه الحالة يتعدد حق الارتفاق بتعدد الأجزاء المفرزة ، ويكون لكل جزء مفرز نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، ولكن بشرط ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق الأصلي . وقد تتم تجزئة العقار بأن يباع جزء منه لأجنبي ، فيصبح العقار مجزأً إلى قسمين وفي هذه الحالة أيضاً يكون لكل جزء منهما نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، على ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق . وقد تتم تجزئة العقار بأن يرثه أكثر من واحد ، وفي هذه الحالة يبقى حق الارتفاق كما هو ، ولكن يستعمله أشخاص متعددون دون أن يزيدوا في عبئه (٢) . ونرى من ذلك أنه في جميع الأحوال التي يتجزأ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٣ - ص ٦٤٤) .
ولامقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السورى م ٩٩١ :
١ - إذا جرى العقار المرتفق ، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق به . ٢ - فحق المرور يتحم على جميع الشركاء بالملك أن يستعملوه بنفس الوضع .
(والتقنين السورى يوافق التقنين المصرى ، غير أنه لم يورد ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مصرى) .

التقنين المدني الليبى م ١٠٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ١٢٧٩ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية البناني م ٨٨ (مطابقة للمادة ٩٩١ سوري ، ونص المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧٠ .

فيها العقار ، لا يتغير مدى حق الارتفاق ، حتى لو تجزأ إلى حقوق متعددة ، وحتى لو تعدد من يستعمله . والمهم هو ألا يترتب على تجزئة العقار زيادة في عبء حق الارتفاق ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ مدني سالفه الذكر : « على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به » . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الرمل أو مقدار معين من الأحجار من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار على النحو الذي قلناه فتجزأ حق الارتفاق إلى حقوق متعددة أو تعدد مستعملوه ، لم يجوز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو من الأحجار من الأرض المرتفق بها بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ قبل تجزئة هذا العقار . وإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار المرتفق ، فإن حق المرور بعد هذه التجزئة يجب أن يستعمل دائماً في هذا الموضع المعين دون أن يتعداه (١) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مدني سالفه الذكر على ما يأتي : « غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ، ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزأين متساويين ، فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . فاذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما في الجزء الذي اختص به مصنعا ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت ، فإن حق الارتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة فتأخذ من الأرض المرتفق بها نصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . أما الجزء الذي خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة إلى السماد لأنه لم يبق

(١) وتنص المادة ٢ / ٧٠٠ مدني فرنسي صراحة على هذا الحكم فتقول : « فإلا إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور ، فإن جميع الملاك في الشيوع أن يستعملوا هذا الحق في نفس الموضع » (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٧ - وانظر فيما يتعلق بحق أهداف المياه بودري وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧١) .

أرضاً زراعية ، فيكون للمالك العقار المرتفق به في هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة إلى هذا الجزء (١) .

٦٠٤ - تجزئة العقار المرتفق به - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٥

مدني على ما يأتي :

١ - إذا جرىء العقار المرتفق به ، بقي حق الارتفاق واقفاً على كل جزء منه .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه (٢) .

ومخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق به ، كما رأينا في السابق كما هو عند تجزئة العقار المرتفق به بالطرق نفسها التي تتم بها تجزئة العقار المرتفق ، وقد بينا ذلك فيما تقدم (٣) .

فإذا جرىء العقار المرتفق به ، صار كل جزء منه محملاً بنفس حق الارتفاق الذي كان العقار كله محملاً به من قبل . فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو عدم البناء في الأرض المرتفق بها ، وجزئت هذه الأرض ، فإن كل جزء منها يكون محملاً بنفس حق الارتفاق وهو عدم البناء في هذا الجزء (٤) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٥ - ص ٦٤٧) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٠ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار من محجر هو العقار المرتفق به ، وجزىء هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية ، فإن كل جزء منه يكون محملا بحق ارتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التي كانت تؤخذ من قبل من المحجر كله (١) .

وإذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع ولا يمكن استعماله على بعض الأجزاء التي انقسم إليها العقار المرتفق به ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٥ مدني سالفة الذكر ، فلمالك كل جزء من هذه الأجزاء التي لا يمكن استعمال حق الارتفاق عليها أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الجزء الذي يملكه ، إذ يصبح حق الارتفاق على هذه الأجزاء في هذه الحالة غير ذي موضوع . فإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين في الأرض المرتفق بها ، أو حق شرب من مسقاة في الأرض المرتفق بها ، أو حق اغتراف المياه من عين في الأرض المرتفق بها ، أي كان حق الارتفاق بوجه عام مركزا في مكان معين في الأرض المرتفق بها ، وتجزأت هذه الأرض ، فإن الجزء الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، أي الجزء الذي يقع فيه طريق المرور أو المسقاة أو العين ، هو وحده الذي يبقى محملا بحق الارتفاق كاملا كما كان من قبل تجزئة العقار المرتفق به . ولمالك كل جزء آخر من الأجزاء التي لا يقع فيها مكان حق الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يملكه ، لأن الحق لا يستعمل ولا يمكن أن يستعمل في هذا الجزء (٢) . ويتفق ملاك الأجزاء المختلفة التي انقسم لها العقار المرتفق به فيما بينهم على تعويض مالك الجزء المرتفق به الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، والذي تحمل وحده دون سائر الأجزاء عبء هذا الحق .

٦٠٥ - استعمال حق الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٠ مدني .

على ما يأتي :

(١) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٠٨ - لوران ٨ فقرة ٢٨٤ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٩٧٧ - وقارن بودري وشوفو فقرة ١١٢٩ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية

ص ٦٤٦ - وأنظر بودري وشوفو فقرة ١١٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

١ - لملك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن .

٢ - ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق ^(١) .

وبمخلص من هذا النص أن مالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يملك أن يقوم بما هو ضروري من الأعمال لاستعماله . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم جسراً فوق ترعة أو مصرف ، أو كان له حق ارتفاق بالجري وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يحفر قناة تجري فيها المياه ، أو كان له حق ارتفاق بالشرب من بئر إرتوازي وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم على البئر مضخة يجلب بها المياه ، كان له

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى كان يقسم الفقرة الأولى إلى فقرتين ، تبدأ الفقرة الثانية منهما بعبارة : «إلا أن عليه أن يستعمل حقه على الوجه إلخ إلخ» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٤ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرتان الأولى في فقرة واحدة لارتباط الحكم ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٤ - ص ٦٣٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٨٩ : لملك العقار المرتفق الحق في أن يقيم في العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانه .

م ٩٩٢/٤ : وكذلك من له حق ارتفاق لا يمكنه استعماله إلا وفقاً لمنطوق سنده ولا يجوز له أن يحدث في أرضه أو في العقار المرتفق به أى تعديل من شأنه إرهاب هذا العقار .

(وهذه الأحكام موافقة لأحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٦ (مطابق) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٨٦ (مطابقة للمادة ٩٨٩ مدنى سورى ، وهذه المادة

الآخيرة مأخوذة منها) .

م ٨٩/٤ (مطابقة للمادة ٩٩٢/٤ مدنى سورى ، وهذه المادة الآخيرة مأخوذة منها) .

أن يقيم الجسر أو يحفر القناة أو يقيم المضخة ، وكل هذه أعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق . وكذلك يحق لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري للمحافظة على حق الارتفاق . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، كان له أن يعبد الطريق الذي يمر منه ، وأن يرصفه عند الاقتضاء ، وأن يقوم بالإصلاحات اللازمة التي تقتضيها صيانة الطريق (١) . ويجب أن يكون القيام بهذه الأعمال على الوجه الأقل ضرراً للعقار المرتفق به ، ولصاحب هذا العقار الأخير أن يحدد ميعادا معقولا للفراغ منها (٢) ، ويبقى مالك العقار المرتفق حراً في أن يقوم بهذه الأعمال أو ألا يقوم بها ، فهذا حقه وليس واجبا عليه . ولكن إذا لم يتم بها ، وتسبب عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به من جراء استعمال حق الارتفاق ، كان مالك العقار المرتفق مستولاً عن التعويض (٣) .

ومالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يجب عليه من جهة ألا يتجاوز حدود هذا الحق ، ويجب عليه من جهة أخرى ، حتى لو لم يتجاوز هذه الحدود أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن فلا يسيء استعمال هذا الحق . ونبحث كلا من الواجبين .

فالواجب الأول هو ألا يتجاوز مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق . فلا يحق له أن يتجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر ، فحق الارتفاق إنما نشأ للوفاء بحاجات عقار معين . وكما لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستوفي حاجات هذا العقار من غير العقار المرتفق به ، كذلك لا يجوز أن يستوفي من العقار المرتفق به حاجات عقار غير العقار المرتفق . ومجاوزة العقار المرتفق إلى عقار حر ، كمجاوزة العقار المرتفق به إلى غيره من العقارات ، يعتبر في الحالتين

(١) بودري وشوفو ققرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٩٧٨ - ويدهي أن مالك العقار المرتفق يقوم بهذه الأعمال جميعاً في العقار المرتفق به ، بل إن النص (م ١/١٠٢٠ ملق) لا حاجة له إلا لهذا الغرض ، لأن القيام بأعمال في العقار المرتفق هو من حق مالك هذا العقار دون حاجة إلى نص على ذلك (بودري وشوفو ققرة ١١٢٩ ص ٨٦٠) .

(٢) بودري وشوفو ققرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ .

(٣) تقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ سيه به ٧٧ - ١ - ٢٩٦ - بودري وشوفو

مجاورة لحدود الارتفاق (١) . كذلك لا يجوز لملك العقار المرتفق أن يجاوز حدود حق الارتفاق من حيث مضمون هذا الحق . فإذا كان الارتفاق حق مرور مقصوراً على المشى ، لم يجز لملك العقار المرتفق أن يمر راكباً (٢) ، أو أن تمر معه المواشى (٣) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٠ مدني سالفة الذكر : « ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق » . فإذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى ،

(١) عل أنه يجوز لملك العقار المرتفق إذا لم يجاوز حاجة عقاره ، كما لو أخذ كمية المياه اللازمة لرى أرضه من مساقاة العقار المرتفق به ولم يزد عليها ، أن يستعمل المياه التي تتخلف عن رى أرضه في أغراضه ، كرى أرض مجاورة أو استخدام المياه لحاجات مصنع أقامه بجانب الأرض أو استخدامه كقوة محركة (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٤ ص ٨٦٧ - بلانيول وريبير ٣ فقرة ٩٨٢ ص ٩٦٢) .

(٢) نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ - ١ - ١٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع المدمى عليه الدعوى بأن المدمى ، وإن كان له حق ارتفاق بالصرف ، إلا أنه لم يدع حقه على حاله وقت التعاقد ، بل إنه غير مت بآن أقام نضاعة على أطيانه ليستعين بها على صرف المياه ، فيكون من حق المدمى عليه أن يمنعه من الصرف بوضع سدود في المصرف - إذا دفع بهذا وتثبتت المحكمة أن المدمى هو البادئ بأحداث التغير في مضمون هذا الحق بإقامة النضاعة ، وأن المدمى عليه لم يكن مت إلا أنه وضع سداً في المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه الصرف فيه حتى يحمى أرضه من الضرر الذي يلحقها من جراء ذلك ، كما استظهرت أن المدمى لم يمتض على انتفاعه بالتغير الذي أحدثه إلا فترة وجيزة لاستأهل حياية وضع اليد ، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى ، فإن حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكاتب النقض لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ١) .

ويعتبر مجاوزة لمضمون حق الارتفاق أن يغير ملك العقار المرتفق أو أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه هذا الحق دون موافقة ملك العقار المرتفق به ، حتى لو لم يحدث أي ضرر للعقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ - جبه المنم البدر اوى فقرة ٣١٢ - إسماعيل غانم ص ٢٦) . وقد كان المشروع المصممي لنص المادة ١٠٢٣ مدني يتضمن نصاً يميز ملك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق ، ولكن هذا النص قد حُذف في لجنة مجلس الشيوخ لأن فيه توسيماً لحق الارتفاق وهو حق يجب أن يبقى في حدوده الضيقة (أنظر مايل ص ١٣٨٠ هامش ١) . وانظر في عهد التقنين المدني السابق ، عدم جواز أن يغير ملك العقار المرتفق مكان الارتفاق استئناف مخطط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٢ - وقارن استئناف مخطط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ٦١ ص ٢٥ .

ثم استعمل جانب من هذا المترل معهدا أو ناديا أو مستوصفا ، لم يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المترل بسبب وجود المعهد أو النادي أو المستوصف أية زيادة في عبء الارتفاق . ويجب في هذه الحالة الاقتصار في حق المرور على ما كان عليه من قبل ، أو الاتفاق مع مالك العقار المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما استجد من الحاجات (١) . ووجوب ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق ، يراعى دون نظر لما إذا كان يترتب على هذه المجاوزة ضرر للعقار المرتفق به . فحتى لو لم يترتب على المجاوزة أى ضرر ، فإن المجاوزة في ذاتها إخلال بواجب مالك العقار المرتفق ، وتستوجب مسئوليته (٢) .

والواجب الثانى على مالك العقار المرتفق هو ألا يسئ استعمال حق الارتفاق ، حتى لو لم يجاوز حدود هذا الحق . ولكن يشترط هنا وقوع الضرر ، على خلاف ما قررناه في مجاوزة حدود حق الارتفاق . فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن (م ١٠٢٠ / ١ مدنى سالفه الذكر) ، فإن استعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالفائدة المستحقة ، تحققت مسئوليته . ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان مالك العقار المرتفق قد أساء استعمال حق الارتفاق (٣) .

- (١) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ - ص ٨٦٨ - أما إذا تقرر حق الارتفاق بصفة عامة ، وليس بالنظر لاستعمال معين حدد على وجه الدقة ، فانه يجب مراعاة ، ليس فعسب الحاجات الحالية ، بل أيضاً الحاجات المستقبلية التى تستجد فيما بعد (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٣ ص ٩٦٤ - مارتى وريينو فقرة ١٦٠ ص ١٧٩ - ص ١٨٠ - نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ سيرييه ١٩٢٩ - ١ - ٢٩٦) .
- (٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٢ .
- (٣) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٥ - وانظر في أمثلة متنوعة : =

وأى إخلال بالواجبين المتقدم ذكرهما من جانب مالك العقار المرتفق جزاؤه إلزامه بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكذلك التعويض إن كان له مقتضى . ويترك بوجه عام لتقدير قاضي الموضوع اختيار الجزاء المناسب وفقا للظروف المختلفة . أما التعويض فلا يطالب به إلا مالك العقار المرتفق نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب فى ذمته كالتزام شخصى . وأما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، فيطالب بها مالك العقار المرتفق الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة ، وذلك بأنها تكليف عينى ينقل العقار نفسه ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار (١) .

٦٠٦ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه

نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٢ مدنى على ما يأتى :

١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ، مالم يشترط غير ذلك .

٢ - فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلل عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .

٣ - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة (٢) .

= نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ سيرة ١-٩٢-١-٢٠٩-٧ فبراير سنة ١٩٤٩ Bull. civ. ١٩٤٩ ص ١١٨ فقرة ٤٧-١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٢ جازيت دي باليه ١٩٥٤-١-١٠٦-١٢ يولييه سنة ١٩٥٤ Bull. civ. ١٩٥٤-١-٢٢٢ - بلانيول وريبير ويكار فقرة ٩٨٤ - مازو فقرة ١٧٢٣ .

(١) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ سيرة ١٩٤٩-١-١٤٦-١٢ ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ - بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ٩٨٥ - وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ وهاشور ٤ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٦ فى المشروع النهائى - تم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ - ص ٦٤٠) . =

وخلص من هذا النص أن الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون نفقاتها في الأصل على مالك العقار المرتفق ، فهو الذي يستفيد من حق الارتفاق ، فيجب عليه تبعاً لذلك أن يدفع نفقات هذه الاستفادة . ويتحمل هذه النفقات حتى لو كانت عن أعمال اقتضى اجراءها عيب في العقار المرتفق (١) ، أو اقتضاها تغيير عمل الارتفاق بسبب تعديل في الوضع القائم للأشياء (٢) . أما إذا كان هناك خطأ اقتضى إجراء هذه الأعمال ، فنفقاتها تكون على من ارتكب هذا الخطأ على سبيل التعويض . فإذا كان الذي ارتكب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقاتها عليه دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك (٣) ، وإذا كان هو مالك العقار المرتفق تحمل نفقة هذه الأعمال حتى لو كان هناك اتفاق على أن تكون النفقة على مالك العقار المرتفق به (٤) . ولكن القاعدة التي تقضي بأن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق في نفس السند الذي أنشأ حق الارتفاق أو في وقت لاحق على أن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به . وفي هذه الحالة يكون التزام هذا الأخير بنفقة الأعمال التزاماً عينياً (obligation réelle) ، إذ أن سبب الالتزام هنا هو

— ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٩٠ : إن أكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته

هي على حائز مالك العقار المرتفق . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٧ (مطابق) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٨٧ (مطابقة للمادة ٩٩٠ من السوري ، وهذه المادة

الآخيرة مأخوذة منها) .

(١) بودري وشوفو ققرة ١١٣٢ ص ٨٠٥ — بلانيول ورييروبيكار ٣ ققرة ٩٧٨ —

نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ — ١ — ٢٣ .

(٢) بلانيول ورييروبيكار ٣ ققرة ٩٧٨ — نقض فرنسي ١١ ديسمبر سنة ١٨٦١

دالوز ٦٢ — ١ — ٧٩ .

(٣) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٨ — بودري وشوفو ققرة ١١٣٢ — بلانيول

ورييروبيكار ٣ ققرة ٩٧٨ — نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ — ١ — ٢٣ .

(٤) بودري وشوفو ققرة ١١٣٢ ص ٨٦٥ .

ملكيتة للعقار المرتفق به (*propter rem*) (١) . وينبئ على ذلك أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الورثة الشخصيين مالك العقار المرتفق به ، بل ينتقل إلى كل من تنتقل إليه ملكية هذا العقار حتى لو كان خلفاً خاصاً . وينبئ على ذلك أيضاً ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني سالفة الذكر ، أن يكون لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق ، يتخلى عنه كله إذا كان حق الارتفاق يتناول كل العقار المرتفق به كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر ، ويتخلى فقط عن الجهة التي يباشر فيها حق الارتفاق كالارتفاق بالمرور من طريق معين فيكون التخلي عن هذا الطريق وحده . وهذا هو المقصود من العبارة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني ، وهي « التخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه » (٢) .

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٢٢ مدني سالفة الذكر : « وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » . فإذا كان هناك ارتفاق بالمرور ، وكان الطريق المخصص لمرور مالك العقار المرتفق يمر منه أيضاً مالك العقار المرتفق به ويعود عليه من المرور فيه قدر متساو للفائدة التي تعود على مالك العقار المرتفق ، كانت نفقة صيانة الطريق مناصفة بين المالكين . وإذا كان الارتفاق هو أغراف المياه من عين

(١) أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو ققرة ١١٣١ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٦٥ .

(٢) ويكون لمالك العقار المرتفق به الحق في التخلي حتى لو نزل عن هذا الحق ، وحتى لو ظل يدفع النفقات مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد التخلي بعد ذلك (أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو ققرة ١١٣١ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) . ويصح التخلي لتخلص من النفقات ، حتى ما استحق منها قبل التخلي (أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو ققرة ١١٣١ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) .

والتخلي إرادة منفردة تصدر من مالك العقار المرتفق به وحده ، ولا حاجة لقبولها من مالك العقار المرتفق ، بل يكفي إخطاره بها (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٦٥ - جرينويل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٢ - ٣٥ - بلانيول وريير ويكار ٣ ققرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - ماري ٥٠ ققرة ١٦٢ ص ١٨٣) .

موجودة في العقار المرتفق به ، وكان مالك هذا العقار الآخر يفتقر هو أيضاً من هذه العين ثلاثة أمثال ما يفتقره مالك العقار المرتفق ، فان نفقة صيانة العين يتحملها كل منهما ، فيتحمل مالك العقار المرتفق به ثلاثة أرباع النفقات ، ويتحمل مالك العقار المرتفق الربع الباقي (١) . وفي جميع هذه الأحوال يكون التزام مالك العقار المرتفق به بالمساهمة في النفقات ليس التزاماً عيانياً ، لأنه لا يساهم في النفقات بسبب ملكيته للعقار المرتفق به كما هو الأمر عند ما يلتزم بالنفقات بموجب اتفاق خاص فيما قدمنا ، بل لأنه ينتفع بالأعمال انتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم بنسبة ما انتفع . وعلى ذلك لا يجوز له ، كما جاز في حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص ، أن يتخلص من المساهمة في النفقات بالتخلي عن لعقار المرتفق به كله أو بعضه .

§ ٢ - الدعاوى المنحولة لمالك العقار المرتفق .

٦٠٧ - دعوى الإقرار بحق الارتفاق : لمالك العقار المرتفق دعوى

عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confessoire de servitude) يطلب فيها من مالك العقار المرتفق به ، أو من أي حائز لهذا العقار ، الإقرار له بحق ارتفاقه على العقار المرتفق . ويقدم إثباتاً لدعواه الطريقة التي كسب بها حق الارتفاق ، وهي إحدى الطرق التي يكسب بها هذا الحق (٢) ، وقد تقدم بيانها . وهذه الدعوى ، بالنسبة إلى حق الارتفاق ، تقابل دعوى الاستحقاق (action en revendication) بالنسبة إلى حق الملكية . ويطلب فيها المدعي تمكينه من استعمال حق ارتفاقه ، كما يطلب المدعي في دعوى الملكية تسليمه العين محل حق الملكية . ويجوز أيضاً للمدعي أن يطلب هدم المنشآت التي أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كإزالة المباني في حالة الارتفاق بعدم البناء (٣) ، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية (astreintes)

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لبشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٢٩ - وانظر بودري وشوفو ققرة ١١٤٢ .

(٢) أنظر في ذلك بودري وشوفو ققرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ هامش ٢ .

(٣) نقض فرنسي ١٣ مارس سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ . Som ٧٩ - ٤ يناير

سنة ١٩٦٣ ميريه ١٩٦٣ - ٢٥٤ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ J.C.P. ١٩٦٣ - ٢ -

١٣٦٠٩ - ١٦ مارس سنة ١٩٦٤ جازيت دي باليه ٢٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٤ - ٤ مايو

سنة ١٩٦٤ J.C.P. ١٩٦٤ - ٢ - ١٢٧٩٠ - مارك ورينو ققرة ١٦٥ .

لإجبار المدعى عليه على تمكنه من استعمال حق الارتفاق (١) .

٦٠٨ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون الفرنسي :

وكما أن دعاوى الحيازة تحمي الحيازة بالنسبة إلى حق الملكية ، فمن المسلم به في القانون الفرنسي أن هذه الدعاوى تحمي الحيازة أيضاً بالنسبة إلى حق الارتفاق . فيستطيع مالك العقار المرتفق أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض وإلى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، إذا توافرت شروط كل من هاتين الدعويتين ، لحماية حيازته لحق الارتفاق من أى تعرض يقع على هذه الحيازة ، سواء من مالك العقار المرتفق به أو من الغير . ولكن يشترط في القانون الفرنسي أن يكون حق الارتفاق ، إذا كان سببه التقادم أو تخصيص المالك الأصلي ، مستمراً وظاهراً ، لأن حق الارتفاق المستمر الظاهر هو وحده الذي يمكن كسبه بالتقادم أو تخصيص المالك الأصلي . فان كان سبب الارتفاق هو السند ، العقد أو الوصية ، جاز الالتجاء إلى دعاوى الحيازة أيا كان نوع حق الارتفاق ، ولو كان غير مستمر أو كان غير ظاهر ، لأن السند ينفي عن حق الارتفاق أية شبهة من أن تكون حيازته حيازة عرضية (٢) . ويستثنى من دعاوى الحيازة دعوى استرداد الحيازة ، فهذه تفترض أن عملاً من أعمال العنف قد وقع على حيازة مادية فانتزعها من صاحبها . ولما كانت حيازة حق الارتفاق لا تكون حيازة مادية ، لذلك لا يجوز لصاحب هذا الحق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة (٣) .

٦٠٩ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون المصري :

أما في القانون المصري فالأمر يختلف ، إذ أن هذا القانون لا يشترط أن يكون حق الارتفاق مستمراً حتى يمكن كسبه بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي . لذلك نرى أن كل حق ارتفاق ، ولو كان غير مستمر ، كسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي ، تمكن حماية حيازته بدعوى منع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٦

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ -

مارق وريينو فقرة ١٦٦ - وهنا يجمع التقضاء الفرنسي بعض الشيء بين دعوى الحيازة ودعوى الموضوع (مازو فقرة ١٧٢٤ ص ١٣٦٠) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ ص ٩٧٠ .

التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً ، لأن الارتفاقات الظاهرة هي وحدها التي يمكن كسبها بالتقدم وبتخصيص المالك الأصلي (١) . فإذا كسب حق الارتفاق بالسند ، العقد أو الوصية ، فإنه تمكن حماية حيازته دائماً بدعوى منع التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة ، ولو كان ارتفاقاً غير مستمر ، أو كان ارتفاقاً غير ظاهر . . .

ولا نرى مانعاً من جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة ، في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن عملاً من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . فإذا كان حق الارتفاق إلى هو ارتفاق بالمطل مثلاً ، وأقام مالك العقار المرتفق به حائطاً محاذياً للنافذة فسدها سداً تاماً ، فلماذا لا يجوز لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ دعوى استرداد الحيازة في هذه الحالة وقد انتزعت منه حيازته بعمل من أعمال العنف ؟ وكذلك الأمر في حق الارتفاق بالمرور ، إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذي يباشر عليه حق الارتفاق ، فإنه يجوز في هذه الحالة لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة بعد أن انتزعت حيازته لحقه بعمل من أعمال العنف .

المبحث الثاني

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به

٦١٠ - مسأله : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث واجبات مالك العقار المرتفق به . (٢) ومن حيث الدعاوى المخولة لمالك هذا العقار .

§ ١ - واجبات مالك العقار المرتفق به

٦١١ - نحن قانوني : تنص المادة ١٠٢٣ مدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة . ولا يجوز له

(١) أما في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كان يقضى بأن دعاوى الحيازة لا تحمي إلا حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (استئناف مخطط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ - ٧٥ ص ٤٢ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٥) .

بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم ، أو أن يبدل بالوضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر .

٢ - ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق ، (١) ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٨ / ١ و ٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٨٩ و ٢ و ٣ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يتضمن في الفقرة الثانية عبارة أخيرة تجرى على الوجه الآتي : « ويصبح أيضاً لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق ، إذا أثبت أن في هذا التغيير فائدة محسوسة له دون أن يكون فيه إضرار بالعقار المرتفق به » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية السابق بيانها ، وذلك حساً للمنازعات ، ولأن في هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب أن يثبت في حدود الضيقة . وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ في جلته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٠ - ص ٦٤٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ : ١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمي إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة . ٢ - فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن ، أو أن يتحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً . ٣ - إنما إذا كان الارتفاق مكانه القديم قد أصبح أشد إرهاباً لمالك العقار المرتفق به ، أو كان يمنه من القيام بأصلاحات مفيدة ، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ، ولا يحق لهذا الأخير أن يرفض العرض . (وهذه الأحكام تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

ومخلص من هذا النص أن واجبات مالك العقار المرتفق به واجبات سلبية محضة . فهو ليس مكلفاً بأي عمل إيجابي ، لأن حق الارتفاق سلطة مباشرة لصاحب هذا الحق على العقار المرتفق به ، يباشرها دون وساطة مالك هذا العقار ودون تدخله . وكل ما يطلب من مالك العقار المرتفق به هو الامتناع عن أي عمل يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق ، أو جعله أكثر مشقة (١) . فإذا أخل بهذا الواجب السلبي ، وأقدم على عمل يؤدي إلى هذه النتيجة ، منع من ذلك ، وأجبر على التعويض إن كان له مقتض . وليس له بوجه خاص أن يغير بارادته وحده الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ، وذلك ما لم تتوافر شروط معينة بينها الفقرة الثانية من النص سالف الذكر (٢) . وقد يلتزم مالك العقار المرتفق به استثناء بأعمال إيجابية ، وقد ورد مثل لها في الترامه بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا اشترط عليه ذلك (٣) ، وهناك مثل آخر سبق بيانه هو أن يلتزم بعمل إضافي يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف (م ١٠٢١ مدني) ، ولكن يجب أن يكون هذا العمل الإيجابي في جميع الأحوال عملاً إضافياً يترل من استعمال حق الارتفاق مترلة التابع من المتبوع ، وقد تقدم بحث ذلك (٤) . فيبقى إذن مسائل ثلاث نبحثها على التعاقب : (١) امتناع مالك العقار المرتفق به من أي عمل يعوق استعمال حق الارتفاق . (٢) الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب . (٣) إمكان تغيير الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق بشروط معينة .

= التقنين المدني الليبي م ١٠٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٨/٢٠١ (مطابق) - ويوجد في التقنين العراقي فقرة ثالثة لهذه المادة تطابق العبارة الأخيرة من المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدي من التقنين المدني المصري ، وهي العبارة التي حذفت في لجنة مجلس الشيوخ : أنظر آنفاً ص ١٣٨٠ هامش (١) .
قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٨٩ و ٣٠٢ (مطابق للمادة ١/٩٩٢ و ٣٠٢ من التقنين

السوري وهذا النص الأخير مأخوذ من النص اللبناني) .

(١) أنظر مازو فقرة ١٧٢٢ ص ١٣٥٨ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٤١ - ص ٦٤٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٥٧٢ .

٦١٢ - امتناع مالك العقار المرتفع به عن أى عمل يعوق استعمال

من الارتفاق : إذا تقرر حق ارتفاق على العقار المرتفع به أو على موضع معين منه ، فإن تقرير هذا الحق لا يحرم مالك العقار المرتفع به من ملكه ، فلا يزال العقار المرتفع به وكل موضع فيه ملكا له . يباشر عليه حقوق المالك من استعمال واستغلال وتصرف . وكل ما ترتب على حق الارتفاق أنه أوجب على مالك العقار المرتفع به إلا يمس ، في استعماله لحقوق ملكيته ، بحق الارتفاق (١) .

فإذا كان الارتفاق حق مرور من موضع معين ، فإن هذا الموضع يبقى ملكا لمالك العقار المرتفع به ، وله أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء ، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور . ومن باب أولى يجوز لمالك العقار المرتفع به أن يمر من هذا الموضع المعين كما يمر مالك العقار المرتفع ، بشرط ألا يعوق مرور الأول مرور الثاني . وله كذلك أن يقيم بابا على الطريق ، بشرط أن يسلم مفتاحا لهذا الباب لصاحب حق الارتفاق (٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى أو حق الاغتراف من عين أو حق احتطاب الأشجار ، فإن المرعى والعين والأشجار تبقى ملكا لمالك العقار المرتفع به ، وله هو أيضا أن يرعى مواشيه وأن يغترف المياه من العين وأن يحتطب الأشجار ، وذلك كله بشرط ألا يعوق صاحب حق الارتفاق من رعى مواشيه ومن اغتراف المياه ومن احتطاب الأشجار كما يقضى حق ارتفاقه (٣) .

فكل ما يجب إذن على مالك العقار المرتفع به هو ألا يعوق استعمال حق الارتفاق ، فلا يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استعمال هذا الحق ، أو

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٥ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٤ - ص ٨٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ - نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٩٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ١٨٩ وله بوجه عام أن يحوط ملكه (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٤٤ J. C. P. ١٩٤٥ الطبعة الحادية عشرة فقرة ٢٩١٤) ، إلا إذا كان هذا التحويط يعوق استعمال حق المرور (نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٥٥٢) . وانظر في حق المالك للعقار المرتفع به في حفر أنفاق ومد مواسير تحت الطريق : نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٦٢ - ١٤ أكتوبر ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ - ٥١٣ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٥ .

يؤدي إلى جعل هذا الاستعمال أكثر مشقة . وهذا الواجب يقابل واجب مالك العقار المرتفق من استعمال حقه بحيث لا يجعل هذا الاستعمال أكثر مشقة على مالك العقار المرتفق به ، أو يزيد في عبء حق الارتفاق (١) . فإذا كان الارتفاق حق مرور ، لم يحجز لمالك العقار المرتفق به أن يزرع الطريق أو أن يغرس فيه من الأشجار ما يعوق المرور من الطريق ، أو يجعل المرور أكثر مشقة (٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى ، لم يحجز لمالك العقار المرتفق به أن يقلب الأرض أو يحولها إلى أرض للبناء أو يقيم فيها مصنعا ، بحيث تصبح غير صالحة للرعى فيها أو تجعل الرعى عسيرا (٣) . وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان العمل قد أدى إلى إعاقة استعمال حق الارتفاق ، أى إلى الانتقاص من هذا الاستعمال أو إلى جعله أكثر مشقة ، ناظرا في ذلك إلى ملائمة كل قضية وإلى الوضع القائم وإلى الشروط الواردة في سند حق الارتفاق وإلى النية المفترضة للطرفين وإلى الضرر الذى أحاق بمالك العقار المرتفق وإلى غير ذلك من الظروف (٤) .

٦١٣ - الجزاء المترتب على إهمال مالك العقار المرتفق به بواجبه :

فإذا أخل مالك العقار المرتفق به بواجبه ، وأتى بأعمال تعوق استعمال حق الارتفاق بأن تنقص من هذا الاستعمال أو تجعله أكثر مشقة ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن كان له مقتض . والتعويض لا يطالب به إلا مالك العقار نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب على الترام شخصى في ذمته . أما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه فيطالب بها مالك العقار المرتفق به الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٥ .

(٢) متر ١٩ يناير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ٢ - ٢٠ - بودرى وشوفو فقرة

١١٤٠ ص ٨٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٩٣ - بودرى وشوفو

فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٩ - بودرى

وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ (عند الشك يفسر السند لمصلحة مالك العقار المرتفق به) - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ .

ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة . ذلك بأن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه إنما هي تكليف عيني يثقل العقار نفسه ، ويتبعه في أى يد ينتقل إليها هذا العقار . وقد قدمنا مثل ذلك في الجزاء على مخالفة مالك العقار المرتفق لواجبه ، من عدم مجاوزة حدود حق الارتفاق ، ومن عدم إساءة استعمال هذا الحق (١) .

٦١٤ - إظهار تغيير الموضع المدين لاستعمال حق المرور :

وإذا كان استعمال حق الارتفاق قد تركز في موضع معين ، كطريق أعد لاستعمال حق المرور ، فإن هذا الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى في الأصل كما هو دون تغيير . فلا يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق ، كما لا يستطيع مالك العقار المرتفق أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق به . أما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق بتغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، فأمر مطلق لا يرد عليه أى استثناء (٢) . وأما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق به بتغيير هذا الموضع الأصلي ، فيرد عليه استثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ مدني فيما رأينا (٣) .

فيجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، ولو بغير موافقة مالك العقار المرتفق ، إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إجراء تحسينات في العقار المرتفق به . ويكون الموضع الأصلي قد أصبح من

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٥ في آخرها . وانظر ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ - بلانيوك وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ .

وهناك رأى يذهب إلى أن الخلف الخاص لمالك العقار المرتفق به لا يكون مسئولاً عن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكل ما يجب عليه هو أن يترك مالك العقار المرتفق يفعل ذلك بنفسه ، ثم يرجع هذا الأخير بالتفقات على مالك العقار المرتفق به ذاته للذى ارتكب المخالفة (لوران ٨ فقرة ٢٧١ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٢٦ - ص ١٢٧ وهاش ٤ - بودرى وشوفر فقرة ١١٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٠٥ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦١١ .

شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق إذا كان هذا الارتفاق مثلاً ارتفاعاً بالمجرى حفرت لاستعماله قناة لتوصيل المياه، ثم أصبحت هذه القناة في موضعها الأصلي عاتقة لتصريف المياه من الأرض المرتفق بها . فعندئذ يحق لمالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل المجرى إلى مكان آخر لا يعوق تصريف المياه (١) . ويكون الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به إذا كان هذا الارتفاق مثلاً ارتفاعاً بالمرور ، وأزاد مالك العقار المرتفق به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذي يستعمل فيه حق المرور . فعندئذ يحق له أن يطلب نقل الطريق إلى مكان آخر ، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التي يريد بها .

وفي جميع الأحوال لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير الموضع الأصلي لحق الارتفاق من تلقاء نفسه ، بل يجب عليه أولاً أن يفاوض مالك العقار المرتفق في هذا التغيير ، فإن أبى رفع مالك العقار المرتفق به الأمر للقضاء ، ومحكمة الموضوع هي التي تبت فيما إذا كان للتغيير مبرر على النحو الذي قدمناه . ثم إن مالك العقار المرتفق به يجب عليه أن يقدم موضعاً آخر ينتقل إليه استعمال حق الارتفاق ، ويجب أن يكون هذا الموضع الآخر يتيسر فيه هذا الاستعمال بالقدر الذي كان ميسوراً به في الموضع السابق ، وقاضي الموضوع هنا أيضاً هو الذي يبت في ذلك (٢) . ويصح أن يكون هذا الموضع الآخر في العقار المرتفق به نفسه ، أو في عقار آخر مملوك لصاحب العقار المرتفق به نفسه ، أو مملوك لأجنبي بشرط أن يوافق الأجنبي على ذلك . وفي جميع هذه الأحوال لا يحق لمالك العقار المرتفق أن يرفض تغيير الموضع الأصلي ، مادام قد ثبت أن هذا الموضع الأصلي من شأنه أن يلحق ضرراً بالعقار المرتفق به أو أن يمنع عنه فائدة بحيلولة دون إجراء تحسينات في هذا العقار ، وما دام قد ثبت أن الموضع الجديد لا يلحق

(١) أنظر في جوار تغيير الموضع الأصلي الطريق الذي يباشر عليه حق المرور إذا منع هذا الطريق في حالته الأصلية مالك العقار المرتفق به من أن يحوط ملكه . محكمة إكس ٩ مايو سنة ١٩٥٠ والوز ١٩٥٠ - ٥٩٠ .

(٢) فيجب إذن ألا يلحق تغيير الموضع الأصلي حق الارتفاق أي ضرر بمالك العقار المرتفق (نقض فرنسي ٩١ أبريل سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٢ - ١ - ٢١٢) . وينظر في وجود الضرر ، لا إلى الوقت الذي أنشئ فيه حق الارتفاق ، بل إلى الوقت الذي يتم فيه تغيير الموضع الأصلي (ديبولوب ٢١ فقرة ٨٩٩ - بودري وشوفر فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨) .

أى ضرر بمالك العقار المرتفق بل يبقى استعمال حق الارتفاق ميسوراً كما كان من قبل (١) .

وتكاليف نقل استعمال حق الارتفاق إلى موضع آخر يتحملها مالك العقار المرتفق به ، إذ أن هذا النقل قد تم تحقيقاً لمصلحته (٢) . ولا يستحق مالك العقار المرتفق أى تعويض عن هذا النقل ، لأن المفروض أنه لم يصبه من جرائه أى ضرر (٣) .

ويستوى ، فى جواز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق بالشروط المتقدم بيانها ، أن يكون سبب الارتفاق التصرف القانونى (العقد أو الوصية) أو تخصيص المالك الأصلي أو التنازل ، كما يستوى أن يكون الموضع الأصلي قد تعين بالارتفاق أو بموجب حكم قضائى (٤) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦) . وإذا جاز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق ، فإنه يجوز كذلك ، ومن باب أولى ، تغيير موضع أى ارتفاق تبعى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يجب فى حق الارتفاق التبعى أن يكون ضرورياً للانتفاع بحق الارتفاق الأصلي ، وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانت المادة ١٠٢٣ مدنى التى قننت ما كان مقرراً فى ظل القانون المدنى القديم قد أجازت ، فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق ، فإنه يتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصلي فى الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدنى سالف الذكر ، ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبعى فى تلك الأحوال كذلك (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٢٢ ص ٧٨٦) .

(٢) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٣١١ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٤٠٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ يولييه سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ١ - ١٢٨ - ١٩ يوتيه سنة

١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٢٨٨ - ٣٠ فبراير سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ١ - ٣٩٢ -

٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥١٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٧ -

بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ - عبد النعم البدر اوى فقرة ٣١٧ ص ٣٦٣ .

ولما كان طلب تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق رخصة لمالك العقار المرتفق به ، فإن حقه في هذا الطلب لا يسقط بالتقادم ، أى حتى لو مضى على استعمال حق الارتفاق في موضعه الأصلي خمس عشرة سنة أو أكثر ، لأن الرخص لا تسقط بالتقادم (١) . وتبقى لمالك العقار المرتفق به هذه الرخصة ، حتى لو كان قد نزل عنها من قبل (٢) .

§ ٢ - الدعاوى المنعقدة لمالك العقار المرتفق به .

٦١٥ - دعوى إنكار من الارتفاق : وكما أن لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confesse de servitude) يطلب فيها الإقرار بحق ارتفاقه على العقار المرتفق به (٣) ، كذلك لمالك العقار الذى يدعى الغير أن له عليه حق ارتفاق دعوى عينية هي دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire de servitude) يطلب فيها الحكم بأن عقاره خال من هذا التكليف (٤) .

ويكفى في دعوى إنكار حق الارتفاق أن يثبت المدعى مالك العقار ملكيته للعقار ، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق . ذلك بأن المفروض أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها ، ما لم يثبت من يدعى وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف . فيجب إذن على من يدعى أن له حق ارتفاق ، ولو أنه هو المدعى عليه في دعوى إنكار حق الارتفاق ، أن يثبت هو وجود هذا الحق باثبات سبب من أسباب كسبه (التصرف القانوني أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم) ، ما دام صاحب

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٢٩ وهامش ١٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٢) ويعتبر امتناع مالك العقار المرتفق عن المراقبة على تغيير مكان الارتفاق ، حتى لو نزل عن هذه الرخصة من قبل ، وحتى بعد انقضاء مدة التقادم ، تعسفاً من هذا المالك في استعمال حقه ، مادام لا يلحقه من هذا التغيير أى ضرر ، ومادام التغيير يحقق مصلحة لمالك العقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١٧ ص ٣٦٤) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٧ .

(٤) نقض فرنسي ٢٣ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٨٩ - بودرى وشوفو

فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٩٠ .

العقار وهو المدعى قد أثبت ملكيته لهذا العقار (١) . فيقع عبء إثبات حق الارتفاق على من يدعى وجوده ، حتى لو كان قد قضى له بحيازة هذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة فرجع مالك العقار دعوى إنكار حق الارتفاق (٢) . ويجوز أيضا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق ، لا فحسب للمطالبة بالحكم بأن العقار خال من حق الارتفاق أصلا ، بل أيضا للمطالبة بانتقاص حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود . وهنا أيضا يقع على صاحب حق الارتفاق عبء إثبات الحدود الحقيقية لهذا الحق ، ولا يكلف صاحب العقار المرتفق به إلا بإثبات ملكيته لهذا العقار ، ويلتزم بما سلم به من حدود أقربها لحق الارتفاق (٣) .

٦١٦ - دعاوى الحيازة : والحائز للعقار يستطيع أيضا أن يرفع دعاوى الحيازة متى توافرت شروطها ، فيحمي بها حيازته للعقار ممن يدعى أن له حق ارتفاق عليه . فاذا رفع الحائز للعقار دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى استرداد الحيازة ، قضى له بمنع التعرض ممن يدعى أن له حق ارتفاق ، أو بوقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها من يدعى أن له حق ارتفاق ، أو ببرد حيازة ما انتزعه مدعى حق الارتفاق من حيازة للموضع الذي يستعمل فيه ما يدعيه من حق الارتفاق (٤) . وفي

(١) أوبرى ورو ٢ ققرة ٢١٩ ص ٥٣٩ وهاش ٤٣ - بودرى وشوفو ققرة ١١٤٦ ققرة ١١٤٧ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ ققرة ٢١٩ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - بودرى وشوفو ققرة ١١٤٧ بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ - مارتى ورينو ققرة ١٦٧ .

وهناك رأى آخر يذهب إلى أن المدعى في دعوى إنكار حق الارتفاق هو الذي يصل عبء إثبات أن حق الارتفاق المدعى به لا يوجد ، ولكن للرأى الأول هو الرأى الراجح (أنظر في هذا المعنى بودرى وشوفو ققرة ١١٤٧) . وأنظر رأيا في الفقه المصرى يميز بين ما إذا كان المدعى عليه يحوز حق الارتفاق فتكون الحيازة قرينة على ثبوت حق الارتفاق له ويقع عبء إثبات نفي ذلك على المدعى ، وبين ما إذا كان المدعى عليه لا يحوز حق الارتفاق فهكئ أن يثبت المدعى ملكيته ويكون عبء إثبات وجود حق الارتفاق على المدعى عليه ، عبد المنعم البرادى ققرة ٢١٩ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ ققرة ٢١٩ ص ٥٤٠ - بلانيول وريير وبيكار ٣ ققرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٤) بودرى وشوفو ققرة ١١٤٦ - مارتى ورينو ققرة ١٦٧ .

جميع دعاوى الحيازة هذه لا يكلف الحائز إلا بإثبات حيازته وبتوافر شروط دعوى الحيازة التي رفعها ، وعلى من يدعى وجود حق الارتفاق على العقار ، يستعمله فعلا فيتعرض لحيازة المدعى أو ينتزع منه الحيازة ، أن يثبت وجهه هذا الحق ، وإلا خسر الدعوى وقضى لصالح حائز العقار ، وبذلك يمنع على مدعى حق الارتفاق أن يكسب هذا الحق بالتقدم (١) .

ولكن يجوز للمدعى حق الارتفاق أن يكتفى بإثبات حيازته لهذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة ، فيقضى له بحيازة الحق . وفي هذه الحالة لا يكون أمام مالك العقار إلا أن يرفع دعوى إنكار حق الارتفاق على من قضى له بحيازة هذا الحق ، حتى يقضى له هو بأن عقاره خال من حق الارتفاق . ولا يكلف مالك العقار ، هنا أيضا ، إلا بإثبات ملكيته لهذا العقار ، فيفترض أن العقار خال من حق الارتفاق ، إلى أن يثبت مدعى هذا الحق وجود حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

الفصل الثاني

أسباب انتهاء حق الارتفاق

٦١٧ - يبينه هذه الأسباب : سبق أن ذكرنا أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (م ٢٤ مدني) . فهذا سبب من أسباب انتهاء حق الارتفاق سبق أن بسطناه (٣) ، فلا نعود إليه . وقدّمنا كذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي ملكه (م ٢٥ مدني) . وهذا سبب آخر من أسباب انتهاء حق الارتفاق ، نكتفي بما سبق أن بسطناه في شأنه (٤) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦١٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٤ .

وقد ذكر التقنين المدني ، إلى جانب هذين السببين ، أسباباً أخرى لانتفاء حق الارتفاق هي : (١) انقضاء الأجل . (٢) هلاك أحد العقارين . (٣) اتحاد الذمة . (٤) عدم الاستعمال (التنازل المسقط) . (٥) استحالة استعمال الحق . (٦) انعدام الفائدة من الحق .

ولم يذكر التقنين المدني سببين آخرين ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في شأنهما ، وهما : (١) تحقق الشرط الفاسخ ، ويتصل به أي فسخ للملكية صاحب العقار المرتفق به . (٢) نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه (١) .
فهذه أسباب ثمانية نبهنا على التعاقب .

٦١٨ - انقضاء الأجل - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٦ مدني على ما يأتي :

« تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، وباجتماع العقارين في يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود» (٢) .

(١) ولا ينتهي حق الارتفاق ، كما ينتهي حق الانتفاع ، بسوء الاستعمال ، إذ ورد في جواز انتهاء حق الانتفاع بسوء الاستعمال نص خاص (م ٢/٩٨٨ مدني - وانظر آنفاً فقرة ٥١٤) ، ولم يرد نص مقابل في شأن حق الارتفاق . فإذا أساء صاحب حق الارتفاق استعمال حقه ، طبقت القواعد العامة وأجبر على الكف عن ذلك مع التمييز إذا كان له محل (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٣ - بودري وشوفر فقرة ١١٧٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨) .

ولامقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥١/٩٩٢ :

١ - يسقط الارتفاق بالترقين . ٢ - ويتم الترفين بمفعول العقود أو الأحكام .
(والقانون السوري أدخل نظام السجل العيني ، ومن ثم يسقط حق الارتفاق بشطبه من السجل العيني ، ويكون ذلك بناء على اتفاق أو حكم)

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (تطابق المادة ٩٩٣ سوري . وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى بانقضاء الاجل المعين لانقضائه . وقد قلنا أن حق الارتفاق يجوز أن يقترن بأجل فاسخ أو بأجل واقف (١) . فيجوز الاتفاق إذن ، أو النص في الوصية التي أنشأت حق الارتفاق ، على أن هذا الحق يدوم مدة معينة وينتهى بانقضائها . وهذا أمر نادر ، ويقع عادة إذا رتب حق الارتفاق لفائدة عقار لا يدوم إلا مدة معينة ، كبناء يقيمه المستأجر في العين المؤجرة (٢) .

أما الأصل في حق الارتفاق فهو أن يكون دائماً كحق الملكية (٣) ، ولكن اللوام من طبيعته ، بخلاف حق الملكية فاللوام من جوهره . ومعنى ذلك أنه ما لم يوقت حق الارتفاق بأجل ، فهو دائم دون حاجة إلى النص على دوامه (٤) . أما حق الملكية فهو دائماً أبداً ، ولا يجوز النص على توقيته (٥) .

٦١٩ - هلاك أحد العقارين : وتنص المادة ١٠٢٦ مدني ، كما رأينا (٦) ، على أن حق الارتفاق ينتهى « بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً » .

فاذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً (٧) ، بأن كان بناءً فانهدم أو احترق ولم يجدد ، فإن حق الارتفاق ينتهى بزوال المحل . فاذا جدد البناء ، عاد حق الارتفاق ، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال كما سنرى في حالة

(١) فيجوز أن يربط مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لنهاية هذا الحق أجلاً ينتهى عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ ، أو يضرب لبدأته أجلاً لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف (أنظر آتفاً فقرة ٥٥٠) .

(٢) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨١ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٢ .

(٥) آتفاً فقرة ٥٥٠ .

(٦) آتفاً فقرة ٦١٨ .

(٧) أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فإن حق الارتفاق يبقى قائماً فيما يتعلق بالجزء الباقي بالقدر الذى يمكن به استعماله . ويرجع ذلك إلى أن حق الارتفاق لا يتجزأ ، فيتحمل به كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به ، فاذا هلك جزء منها بقى على الأجزاء الباقية (أنظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٣ هامش ٨) .

استحالة استعمال حق الارتفاق^(١) . وكالهلاك نزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، فينتهى حق الارتفاق المترتب عليه ، ولكن صاحب حق الارتفاق يتقاضى تعويضا عن حق ارتفاقه .

وكذلك ينتهى حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، على النحو الذى قدمناه فى هلاك العقار المرتفق به^(٢) . ذلك بأن حق الارتفاق يفترض وجود عقارين ، عقارا مرتفقاً به وعقارا مرتفقاً ، فاذا هلك أحدهما انتهى حق الارتفاق . ونزع ملكية العقار المرتفق للمنفعة العامة يعتبر فى حكم هلاكه ، فينتهى حق الارتفاق . بعد أن يكون قد دخل عنصراً من عناصر العقار عند تقدير التعويض .

٦٢٠ - أعمار الزمة : وتنص المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا^(٣) ، على أن حق الارتفاق ينتهى « باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود » . فاجتماع العقارين فى يد مالك واحد يفقد حق الارتفاق قوامه ، فقد قدمنا أنه يجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكاً لشخص غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (*Nemini res sua servit*)^(٤) . فاذا ملك صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، أو ملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق ، أصبح العقاران مملوكين لشخص واحد ، وانتهى حق الارتفاق باتحاد الذمة . ذلك بأن مالك العقار المرتفق وهو صاحب حق الارتفاق أصبح هو الذى عليه أيضاً حق الارتفاق بتملكه للعقار المرتفق به فأنحلت الذمة . وكذلك مالك العقار المرتفق به وهو الذى عليه حق الارتفاق أصبح هو أيضاً صاحب حق الارتفاق بتملكه

(١) انظر مابلى فقرة ٦٢٢ .

(٢) ويعود حق الارتفاق إذا أعيد بناء العقار المرتفق (استئناف مختلط ٩ ديسمبر

سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢) .

(٣) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٤) آنفاً فقرة ٥٤٩ - وانظر نقص فرنى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ -

للعقار المرتفق فاتحدت الذمة كذلك . وتتحد الذمة أيضا إذا ملك أجنبي كلا من العقار المرتفق والعقار المرتفق به في وقت واحد ، إذ يصبح باعتباره مالك العقار المرتفق هو صاحب حق الارتفاق ، وباعتباره مالك العقار المرتفق به هو الذي عليه حق الارتفاق ، فتتحد الذمة بذلك (١) .

واجتماع العقارين في يد مالك واحد على الوجه الذي قدمناه يتم بأي سبب من أسباب كسب الملكية ، كالميراث (٢) . والرؤية والعقد والشفعة والتقدم . ويصح أيضا أن يتم عن طريق تخلي (abandon) صاحب العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من التزام عيني ، كالاتزام بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا وجد شرط يقضي بتحميله هذا الالتزام (٣) . فعند ذلك تنتقل ملكية العقار المرتفق به إلى صاحب العقار المرتفق بمجرد هذا التخلي ، وتتحد الذمة في هذا الأخير ، فينتهي حق الارتفاق . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٢٦ مدني ، كما رأينا (٤) ، ما يأتي : « إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود » . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) زوال حالة الاجتماع بأثر رجعي ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم فسخ البيع أو انفسخ بأثر رجعي . فهنا يعتبر البيع كأن لم يكن ، وكذلك يعتبر اتحاد الذمة المترتب على البيع كأن لم يكن تبعا للبيع ، فيعود حق الارتفاق إلى ما كان عليه (٥) . (الفرض الثاني) ، زوال حالة الاجتماع دون أثر رجعي ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به الذي سبق أن اشتراه . فهنا يبقى أثر البيع الأول لأنه لم يزل بأثر رجعي ، ويبقى ما ترتب عليه من

(١) بودري وشوفو فقرة ١١٥٣ .

(٢) أنظر في اتحاد الذمة بالميراث بودري وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - ص ٨٨٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٥) المذكرة الإيضاحية . المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

وانظر اوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بلانيرل وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ . (٨٨)

اتحاد الذمة وانتهاء حق الارتفاق ، فلا يعود حق الارتفاق بعد أن انتهى (١) .

٦٢١ - عزم الاستعمال أو التقدم المسقط - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - « تنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فان كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثًا وثلاثين سنة . وكما يسقط التقدم حق الارتفاق . يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » .

« ٢ - « وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع . فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقدم لمصلحة الباقيين ، كما أن وقف التقدم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفًا لمصلحة سائرهم » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة : أو مدة ثلاث وثلاثين سنة إن كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة . وعدم الاستعمال (non-usage) هذا معناه التقدم المسقط ، وسمى بعدم الاستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ،

(١) ولكن قد ينشأ مع ذلك حق ارتفاق جديد بتخصيص المالك الأصلي ، إذا أبقى مالك العقار المرتفق بعد شراء العقار المرتفق به الوضع المادي الذي كان عليه المقاران بشرط أن تكون هناك علامة ظاهرة تُم عن هذا الوضع ، فتوافر بذلك شروط نشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي إذا أعيد الفصل ما بين العقارين ، بأن باع صاحب العقار المرتفق المقار المرتفق به بعد شرائه (أنفاً فقرة ٥٨٧ - وانظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بودري وشوفر فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ ص ٩٨١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٩ - ص ٦٥١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لايمقابل .

فاذا كان يسقط الحقوق الشخصية فانه يسمى بالتقادم المسقط (prescription extinctive) . وعلى ذلك إذا بقي صاحب حق الارتفاق لا يستعمل حقه طول هذه المدة ، فان الحق يسقط بعدم الاستعمال . ويستوى أن يكون عدم الاستعمال اختيارياً أو إجبارياً ، فاذا منع من استعمال الحق قوة قاهرة كما إذا نصب معين العين التي تغترف منها المياه ، أو حال صاحب العقار المرتفق به أو الغير دون استعمال الحق ، فان مدة التقادم تستمر مع ذلك في السريان . ويستطيع صاحب حق الارتفاق أن يقطع المدة في هذه الحالة ، بأن يحصل من صاحب العقار المرتفق به على إقرار بحقه ودياً أو قضائياً^(١) . وكل حق ارتفاق ، مستمرا كان أو غير مستمر ، ظاهراً أو غير ظاهر ، إيجابياً أو سلبياً ، يسقط بعدم الاستعمال^(٢) . والمدة المقررة لسقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال هي ، كما قدمنا ، خمس عشرة سنة^(٣) ، فان كان حق الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة وقفًا خيرياً فالمدة ثلاث وثلاثون سنة وذلك رعاية لجانب الوقف^(٤)

(١) بودري وشوفو فقرة ١٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .
(٢) أما حق الملكية فلا يسقط بعدم الاستعمال ، ولذلك يدق في بعض الأحوال مرة ما إذا كنا أمام حق ارتفاق فيسقط بعدم الاستعمال أو أمام حق ملكية مفرزة أو شائعة فلا يسقط بعدم الاستعمال (بودري وشوفو فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أنظر نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٢ .

(٤) أما إذا كان حق الارتفاق مترتباً على أرض موقوفة في الحالات التي يجوز فيها ذلك ، فانه يزول بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عيناً غير موقوفة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠) - وقد يكسب شخص بالتقادم القصير ، أى بخمس سنوات ، ملكية عقار قد ترتب عليه حق ارتفاق . فكسبه للملكية العقار لا يترتب عليه سقوط حق الارتفاق بالتقادم ، لأن حق الارتفاق لا يسقط بالتقادم إلا إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وهنا لم يستعمل حق الارتفاق إلا خمس سنوات فقط وهي مدة التقادم القصير التي كسبت به ملكية العقار . وعلى ذلك يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير ، ولكن العقار يبقى محملاً بحق الارتفاق إلى أن ينتهى هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (أنظر آنفاً فقرة ٤١٥ في الهامش - وانظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٨ وهامش ٢٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٦٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٤) .

ويبدأ سريان مدة التقادم ، في الارتفاق غير المستمر ، منذ آخر عمل انقطع بعده صاحب حق الارتفاق عن استعمال حقه (١) . أما في الارتفاق المستمر ، ويدخل في ذلك الارتفاق السليبي ، فيبدأ السريان من يوم الاتيان بعمل إيجابي يتعارض مع حق الارتفاق (٢) . فإذا كان الارتفاق مطلقا ، بدأ سريان المدة من الوقت الذي يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطا يسد النافذة ، أو كان ارتفاقا بعدم البناء من الوقت الذي يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به بإقامة بناء في عقاره (٣) . وليس يلزم أن الذي يقوم بالعمل الإيجابي المتعارض مع حق الارتفاق هو صاحب العقار المرتفق به نفسه ، فقد يقوم به الغير ، وقد يقع بقوة قاهرة (٤) .

وينقطع التقادم ، ويوقف سريانه ، بنفس الأسباب المقررة في انقطاع التقادم المسقط ووقف سريانه (٥) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٧ مدني سائلة الذكر على أنه « إذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم » . فإذا كان العقار

(١) نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٥ - ١ - ٦٢ - ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سيرييه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به إثبات آخر عمل انقطع بعده عن استعمال حقه ، حتى إذا كانت مدة التقادم لم تَمُ منذ هذا العمل لم يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال (نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سيرييه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٧ وهاش ٢١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ - وانظر بودري وشوفو فقرة ١١٦٣) .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٨ وما بعدها بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٨٣ .
(٣) ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به عبء إثبات القيام بعمل إيجابي يتعارض مع حق الارتفاق قسري من وقت هذا العمل مدة التقادم (بودري وشوفو فقرة ١١٦٣ ص ٨٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧) .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٥) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٦ - ١٤٧ - بودري وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .

المرتفق شائعا بين شركاء متعددين ، فان بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقيين متفعلا بحق الارتفاق لا يجعل المدة تسرى في حقه بداهة ، ويقطع في الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقيين ، كذلك قطع أحد شركاء التقادم يفيد الباقيين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا ، كما يقع ذلك فيما بين المدنين المتضامنين^(١) . وإذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب ، فان التقادم يوقف بالنسبة إليه ، وكذلك يوقف بالنسبة إلى الآخرين ، كما يقع ذلك أيضا فيما بين المدنين المتضامنين^(٢) . وينتفع سائر الشركاء بانقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحدهم طول المدة التي يبقّى فيها الشيوع قائما . فاذا حصلت القسمة بين الشركاء ، فان كان العقار قد وقع في نصيب نفس الشريك الذي انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه ، بقی بداهة متفعلا بانقطاع التقادم أو وقفه . أما إذا وقع العقار في نصيب شريك غيره ، فالأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي القول بأن الشريك الذي انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه أصبح أجنبيا عن العقار ، فيعتبر انقطاع التقادم أو وقفه كأن لم يكن ، ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع أو وقف بالنسبة إلى الشريك الذي وقع في نصيبه العقار . وعلى هذا الوجه قضت محكمة النقض الفرنسية^(٣) . ولكن الفقه الفرنسي يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن انقطاع التقادم أو وقفه يصبح نهائيا بالنسبة إلى سائر الشركاء أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا يعتد بالأثر الرجعي . وهذا هو الرأي الذي يتمشى مع اطلاق النص : سواء في التقنين المدني الفرنسي (م ٧٠٩-٧١٠) ، أو في التقنين المدني المصري (م ١٠٢٧/٢)^(٤) .

فاذا اكتملت مدة التقادم ، سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال . ولا يمنع من سقوطه أن يعود صاحب العقار المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق بعد اكتمال

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ٤٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٣) نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٦ - ١ - ٢١ - ٢٩ أغسطس سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٣ - ١ - ٧٠٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ - ص ٩٨٤ .

مدة التقادم : إلا إذا لم يعترض صاحب العقار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه في التمسك بالتقادم (١) .

وقد رأينا أن آخر الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٧ مدني سالفة الذكر يقول : « و كما يسقط التقادم حق الارتفاق ، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » . فقد يعمد صاحب حق الارتفاق إلى استعمال حقه استعمالاً جزئياً . ويبقى كذلك خمس عشرة سنة . أو ثلاثاً وثلاثين سنة بالنسبة إلى الوقف : فلا يسقط حق الارتفاق سقوطاً كلياً بعدم الاستعمال . وإنما ينتقص إلى القدر الذي استعمل . ولكن إذا كان حق الارتفاق غير مستمر . وجب التمييز بين فرضين : (١) أن يكون صاحب حق الارتفاق قد استعمله استعمالاً جزئياً وفقاً لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلي عائق . كما إذا كان الارتفاق حق مرور مشياً على الأقدام أو ركوباً فظل صاحبه يمر مشياً مدة خمس عشرة سنة دون أن تقتضيه الحاجة أن يمر ركوباً . ففي هذا الفرض يعتبر هذا الاستعمال الجزئي بمثابة الاستعمال الكلي إذا لم يتم عائق دون الاستعمال الكلي ولكن صاحب حق الارتفاق لم يحتاج إلى هذا الاستعمال . فيبقى حق الارتفاق كما هو دون أن ينتقص . (٢) أن يكون قد قام عائق مادي دون الاستعمال الكلي . كأن يكون الطريق قد جعل غير صالح للمرور ركوباً فاضطر صاحب حق المرور أن يمر مشياً على الأقدام مدة خمس عشرة سنة . وفي هذا الفرض ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي ، ويصبح مقصوراً على المرور مشياً على الأقدام دون المرور ركوباً (٢) . و كما ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي عن طريق التقادم المسقط ، يجوز كذلك أن يتسع بالإفراط في الاستعمال عن طريق التقادم المكسب . فإذا كان صاحب حق المرور مشياً على الأقدام قد استعمل الطريق للمرور ركوباً مدة خمس عشرة سنة ، فإن حق ارتفاقه يكون قد اتسع على هذا الوجه ، فيصبح حق ارتفاقه بالمرور مشياً على الأقدام وركوباً

(١) نقض فرنسي ٧ يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٨٥ - ٢٣ يولييه سنة ١٨٦٠

سيريه ٦١ - ١ - ٥٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٥ ص ٩٩٧ .

في وقت واحد (١) . وإذا كان قد تعود المرور من طريق آخر غير الطريق الذي خصص له في الأصل ، وظل يمر من هذا الطريق الآخر مدة خمس عشرة سنة . فان كيفية استعمال حق الارتفاق يكون قد تعدل بالتقادم على هذا الوجه ، وأصبح الطريق الآخر هو الذي يشتمل فيه حق المرور دون الطريق الأصلي (٢) .

٦٢٢- استنارة استعمال من الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة

١٠٢٨ مدني على ما يأتي :

- ١ - ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق .
- ٢ - ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال (٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد تعديل حال الأمكنة أو طبيعة الأعمال المدة لفهم استعمال الارتفاق لا يترتب عليه قانوناً زوال حق الارتفاق ، إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يمتدحها إلى الحق نفسه (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٣) . وانظر في ذلك أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥١ - ص ٩٥٢) .

ولامقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضي أن يأمر بالترقين إذا كان الارتفاق غير مجد ، أو غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٣ (موافق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٩٠ (مطابق نص المادة ٣/٩٩٣ سوري ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح استعماله مستحيلا .
وتنتج الاستحالة من تغير في وضع الأشياء . سواء كان التغير حادثا في العقار المرتفق به أو في العقار المرتفق (١) . فإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمطل مثلا ، وهدم المنزل المرتفق فانهدمت بهدمه النافذة التي كانت تطل على العقار المرتفق به ، فإن حق الارتفاق ينتهى لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق (٢) . وإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور : ثم انحس العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام ، فإن حق الارتفاق ينتهى كذلك لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق به (٣) . والتعبير « بانتهاء حق الارتفاق » « وبعودنه إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق » ، ليس بالتعبير الدقيق . والصحيح أن حق الارتفاق لا ينتهى باستحالة استعماله ، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة . فإذا ما زالت عاد استعماله إلى ما كان عليه . ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقيا ، فهو ! يزول حتى يقال إنه يعود (٤) . وفي التقنين المدني الفرنسي تطبيق واضح لذلك . فقد نصت المادة ٦٦٥ من هذا التقنين على أنه « إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل : فإن الارتفاقات التي كانت للحائط المشترك أو للمنزل ، أو كانت عليه : تستمر بالنسبة إلى الحائط أو المنزل الجديد ، على ألا تكون أكثر مشقة ، وعلى أن تتم إعادة البناء قبل أن تكتمل مدة التقادم » .
ويجب أن تكون استحالة استعمال حق الارتفاق استحالة تامة ، ولا يكفي

(١) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٧٠ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت من الأوراق أن منزل الطاعن ، الذي كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق بالمطل ، قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يحتوى على مطلات أو مناور ، وأصبح في حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس زوال ذلك الحق ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .
(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ .
(٤) أنظر استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣٦ - بودري وشوفو ققرة ١١٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٩١ ص ٩٧٥ .

(٤) أنظر استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣٦ - بودري وشوفو ققرة ١١٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٩١ ص ٩٧٥ .

أن يصبح الارتفاق أكثر مشقة (١) . ويستوى أن ترجع الاستحالة إلى قوة قاهرة ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق به ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق ، أو إلى فعل أجنبي (٢) . ويعود حق الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، كما سبق القول . وليس من الضروري أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلي تماما ، بل يكفي أن ترجع إلى وضع تمكن معه العودة إلى استعمال حق الارتفاق دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة (٣) .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٨ مدني سالفه الذكر : « ويعود (حق الارتفاق) ... إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » . فإذا بقي استعمال حق الارتفاق مستحيلا مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين بالنسبة إلى الوقف ، فإنه لا يعود ، حتى لو عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله . ذلك بأن حق الارتفاق في هذه الحالة يكون قد انتهى ، ولكن ليس بسبب استحالة استعماله ، ولكن بسبب عدم الاستعمال (٤) . وهناك رأي يذهب إلى أن استحالة الاستعمال تكون سببا لوقف التقادم ، ومن ثم يجب ألا يستعمل حق الارتفاق خمس عشرة سنة ، أو ثلاثا وثلاثين سنة ، دون أن تحسب المدة التي استحال فيها استعماله ، حتى يسقط الحق بعدم الاستعمال . وهذا هو الرأي الذي أخذت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت : « فإن عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى ... عاد حق الارتفاق » ، إلا أن يكون قد مضى على عدم استعماله المدة التي يسقط بها ، ولا يحسب في هذه المدة الوقت الذي تعذر فيه استعمال (الحق) (٥) . ولكن الرأي الراجح هو عكس ذلك ،

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٣ .

(٢) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٦٥ - فقرة ٩٦٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول . ربيير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

(٣) نقض فرنسي ١١ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٤٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤١ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ - ص ٩٧٥ .

(٤) إسماعيل غانم ص ٤٢ - وقد ينجم استحالة استعمال حق الارتفاق من هلاك الشيء ، وعند ذلك ينتهي حق الارتفاق بالملك (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٢) .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ - وانظر في هذا المعنى Toullier ٣ فقرة ٦٩٠ ماركاديه المادة ٧٠٣ والمادة ٧٠٤ Toullier - ٢ ص ٤٦٢ - Solon ص ٥٠٥ .

فتحسب المدة التي استحال فيها استعمال حق الارتفاق في سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال (١) .

٦٢٣ - انعدام الفائدة من حق الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٩ مدني على ما يأتي :

« لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به . مثل ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب ، واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئراً إرتوازية في أرضه تغنيه ، هي وموارد المياه الأخرى التي عنده دون نظر لحق الشرب ، عن هذا الحق الأخير ، أو في القليل تجعل حق الشرب فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يتحمله العقار المرتفق به من جراء حق الشرب . ففي هذه الحالة يجوز لملك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق ، ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق . فقد وازن القانون بين مصلحتين ، مصلحة صاحب

(١) ديمولوب ١٢ ققرة ٩٧٩ - ديرانتون • ققرة ٦٥٥ - أوبري ورو ٣ ققرة ٢٥٥ ص ١٤٢ هامش ٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣ - ص ٦٥٤) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢/٩٩٣ : ويحق للقاضي أن يأمر بالترقيين إذا كان لارتفاق غير مجد ، أو كان غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (مطابق لنص م ٢/٩٩٣ من التقنين السوري ،

وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

العقار المرتفق في بقاء الارتفاق وقد انعدمت أو أصبحت منفعة محدودة ، ومصلحة صاحب العقار المرتفق به في زوال الارتفاق وقد أصبحت هي المصلحة الراجحة إذ تفوق كثيراً مصلحة صاحب العقار المرتفق في بقاء الارتفاق ولما كانت حقوق الارتفاق تلتقي أعباء ثقيلة على العقارات المرتفق بها ، فقد أثر القانون تحرير العقار المرتفق به من حق الارتفاق في الحالة التي نحن بصددتها ولو اقتضى الأمر أن يدفع مالك العقار المرتفق به تعويضاً مناسباً لمالك العقار المرتفق في مقابل زوال حقه دون رضائه . فهذا ضرب من استرداد (rachat) حق الارتفاق ، يتم دون رضاء صاحب الحق ، لقيام مصلحة تبرر ذلك . أما إذا انعدمت كل فائدة لحق الارتفاق ، فإن مالك العقار المرتفق به يستطيع أن يتحرر منه دون دفع أي تعويض ، إذا لم يصب مالك العقار المرتفق ضرر من زوال حق الارتفاق حتى يطلب التعويض عنه .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ، عند اختلاف الطرفين ، ما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت مثبته محدودة ، فيقضى بتحرير العقار المرتفق به من هذا الحق ، ويقدر أيضاً التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق إن كان للتعويض محل (١) .

٦٢٤- تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به :
وقد يكون حق الارتفاق معلقاً على شرط فاسخ ، فإن حق الارتفاق يجوز تعليقه على الشرط كما يجوز إقراره بالأجل . وهنا يجب تطبيق القواعد العامة ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ ، زال حق الارتفاق . ولكن لا يكون لزواله أثر رجعي ، فإن طبائع الأشياء تأتي أن تَمْحَى المدة التي بقي فيها حق الارتفاق قائماً قبل تحقق الشرط الفاسخ واعتبار هذه المدة كأن لم تكن (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا النص : وينتهي حق الارتفاق أخيراً إذا لم تصبح له فائدة ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر . فيجوز لصاحب العقار المرتفق به ، في هذه الحالة ، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويضاً مناسباً إذا كان هناك محل لذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣) .

(٢) أوبى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودرى وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ .

وإذا فسخت ملكية من أنشأ حق الارتفاق للعقار المرتفق به بسبب من أسباب الفسخ . فهنا أيضا يجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن من أنشأ حق الارتفاق يعتبر غير مالك للعقار المرتفق به بأثر رجعي ، ويتبين أنه كان لا يملك ترتيب حق ارتفاق على عقار لم يكن يوما ما ملكا له . ومن ثم يزول حق الارتفاق ، بزوال ملكية العقار المرتفق به (١) .

ولكن فسخ ملكية صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق لا يزيل حق الارتفاق (٢) ، لأن اشتراط المالك حق ارتفاق لفائدة عقاره يعتبر من أعمال الإدارة الحسنة التي لا تزل بفسخ ملكية هذا المالك ، ومن ثم يبقى حق الارتفاق هذا تابعا للعقار ، في أي يد ينتقل إليها هذا العقار بعد الفسخ .

٦٢٥ - نزول صاحب حق الارتفاق عن مقره : وقد ينزل صاحب حق

الارتفاق عن حقه بإرادته المنفردة ، فينتهي هذا الحق بالنزول عنه . والنزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمينا . فإذا كان ضمينا ، وجب استخلاصه من وقائع ثابتة يفهم منها حتما معنى النزول . فيعتبر نزولا ضمينا أن يشهد صاحب حق الارتفاق على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به ، وقد ورد في شروط البيع أن العقار المبيع خال من أي حق ارتفاق ، وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع النزاع الضمني استخلاصا سائفا من مقدمات تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، فلا معقب عليها في ذلك لتعلقه بتقدير موضوعي من سلطاتها المطلقة (٣) . وقضت أيضا بأن النزاع الضمني يمكن استخلاصه في حقوق الارتفاق التباعدية ، التي يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المترتب على عقاره لمصلحة عقار آخر هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول . فاذا خرج أيهما عن الالتزام

(١) أوبري وردو ٢ ققرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو ققرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ ققرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .

(٢) بيزانسوق ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٧٧ - بلانيول وريبير ويكار

٣ ققرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٢ .

(٣) نقض ملق ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٥٨ .

المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده ، فانه يكون قد أسقط حقه في إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذي يغدو بلا سبب . ذلك بأن التنازل عن حقوق الارتفاق ، كما يكون صريحاً ، يجوز أن يكون ضمناً ، إذ لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة (١) . ولكن لا يعتبر نزولاً ضمناً أن يترك صاحب حق الارتفاق أعمالاً تم متعارضة مع حق ارتفاقه ، دون أن يعترض (٢) .

ولما كان النزول عن حق الارتفاق إرادة منفردة صادرة من صاحب هذا الحق كما قدمنا ، فهو ليس في حاجة إلى قبول مالك العقار المرتفق به (٣) ، وينتج أثره بصدوره من صاحب العقار المرتفق وإعلانه لصاحب العقار المرتفق به (٤) . ولكنه لا يسرى في حق الغير ، كشر للعقار المرتفق ، إلا إذا سجل قبل تسجيل هذا الشراء ، وفقاً للقواعد المقررة في التسجيل (٥) .

-
- (١) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٨٧ ص ٥٣٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ١٦٩ رقم ٢٠ .
- (٢) نقض فرنسي ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٤٧٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٣ .
- (٣) استئناف مخطط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ .
- (٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .
- (٥) أنظر نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل يعتبر ملزماً للتنازل بما يمنعه من توجيه طلبات إلى التنازل له تنطوي على إنكار لهذا التنازل . ولا يمنع من ذلك أن يكون التنازل بما يجب تسجيله ، إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخي زوال الحق المعنى المتنازل عنه . فإذا كان الطرفان قد أقاما دعواهما بطلب تمويض عن مخالفة المظنون عليه لقيود البناء ، وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمناً ، مما يعتبر معه هذا الطلب إنكاراً منهما للتنازل الصادر من جانبها ، فاز الحكم المظنون فيه إذاعت هذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٤٨) .

فهرس

القسم الاول

اسباب كسب الملكية

تمهيد

صفحة

٥	التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية
٧	التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية
١١	خطة البحث
	الباب الأول - كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء
	الباب الثانى - كسب الملكية بسبب الوفا (الميراث والوصية)
	الباب الثالث - كسب الملكية فيما بين الأحياء (الاتصاق والعقد
	والشفعة والحيازة)

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء

١٢	التمييز بين المنقول والمقار
١٣	المبحث الأول - الاستيلاء على المنقول
١٣	المنقول الذى لا مالك له ..
١٥	كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذى لا مالك له ..
١٧	§ ١ - المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية
١٧	الشيء المشترك
١٨	صيد البر والبحر
٢٢	الحيوانات غير الأليفة
٢٥	§ ٢ - المنقول الذى كان له مالك ..
٢٥	الأشياء المتروكة ..
٢٦	الكتر

٣٥	المقطة (الأشياء الضائعة)
٤٠	الأشياء الأثرية
٤٤	التركة التي لا وارث لها ..
٤٧	المبحث الثاني — الاستيلاء على العقار
٥٠	تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكاً للدولة
٥٢	عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٥٧	كيف تمتك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٦٠	تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدني
٦٨	حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤

الباب الثاني

كسب الملكية بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

٧٨	المبحث الأول — تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث
٧٨	الشريعة الإسلامية تطبق على جميع المصريين وفي جميع مسائل الميراث
٨٠	١٩ — تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم
٨٠	قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢
٨١	الأحكام العامة في الميراث : سبب استحقاق الإرث — ما يستحق من التركة قبل ارث الورثة — الموانع من الإرث
٨٢	الإرث بالفرض (أصحاب الفروض) : الأب والجد الصحيح — أولاد الأم — الزوج والزوجة — البنات وبنات الابن — الأخوات الشقيقات والأخوات لأب — الأم والجدة الصحيحة
٨٢	المول والرد ..
٨٤	العصبة بالنفس : البنوة فالأبوة فالأخوة فالعمومة ..

صفحة

المصبة بالغير :	البنات مع الأبناء - بنات الابن مع أبناء	
	الابن - الأخوات الشقيقات مع الإخوة	
٨٤	الأشقاء والأخوات لأب مع الإخوة لأب	
	المصبة مع الغير :	الأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات
٨٥	أو بنات الابن	...
٨٥	إرث ذوى الأرحام :	...
٨٥	الصف الأول :	أولاد البنات وأولاد بنات الابن .
٨٥	الصف الثاني :	الجد غير الصحيح والجدة غير الصحيحة
	الصف الثالث :	أبناء الإخوة لأم وأولادهم - وأولاد
		الأخوات - وبنات الإخوة وأولادهم -
		وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب -
٨٥	وأولادهم
٨٦	الصف الرابع :	ست طوائف
٨٧	٢٤ - انتقال التركة من المورث إلى الوارث	...
٨٩	انتقال حقوق التركة إلى الورثة :	...
	أعيان التركة -	أحقوق المينة الأصلية إلا ما ينقضى بالموت -
٩٠	أحقوق المينة النجسة
٩١	أحقوق غير المالية	...
٩١	أحقوق المالية المتصلة بشخص المورث -	حق الإجلق الدين
	أحقوق المالية التى تتصل بمشئنة المورث لا بما له -	الحبارات
٩٣	وحق الأخذ بالشفعة
٩٥	مى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة :	...
٩٥	عند المالكية	...
٩٥	عند الحنفية	...
	عند الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين	
٩٦	وفى القانون المصرى
	هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها -	مدى نطاق
٩٧	القاعدة التى تقضى بالأل تركة إلا بعد سداد الدين :	...
	فى أية ذمة يبقى دين التركة بعد موت المورث -	اختلاف
٩٩	المذاهب الفقهية :	...
	عند الحنفية والشافعية يبقى الدين فى ذمة الميت ويفترض	
٩٩	بقائه ذمته
٩٩	عند المالكية يتعلق الدين بالتركة نفسها لا بذمة الميت	...
	بعض الحنابلة يقولون قول الحنفية والشافعية وبعضهم	

١٠٠	يقولون قول المالكية	
	رأى ثالث عند المناقشة يقفب إلى أن الدين يتعلق بنمة	
	الوارث في حدود ما يرث ، وهذا الرأي يتفق مع	
١٠٠	القانون المصري	
	حكم تصرف الورثة في أعيان الشركة قبل سداد الديون وما يجب	
١٠١	من الحماية لحقوق دائني الشركة :	
١٠٤	الفرض الأساسي في المذاهب المختلفة هو حماية دائني الشركة	
	القانون المصري يحمي حقوق الدائنين عن طريق تشييل أموال	
١٠٥	الشركة بحق ميني خاضع للشهر	
١٠٩	تنظيم حماية حقوق دائني الشركة في القانون المصري	المبحث الثاني
١٠٩	الطريقتان اللذان نظمهما القانون :	
١٠٩	انطريق الأول - طريق الإجراءات الفردية	
١١١	الطريق الثاني - طريق الإجراءات الجماعية	
١١٢	طريق الإجراءات الفردية	المطلب الأول
١١٥	من يقوم بشهر الدين	
١١٦	كيف يكون شهر الدين	
١١٨	حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث	
١٢٢	حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث	
١٢٣	حالة عدم شهر الدين أصلا :	
١٢٣	الفرض الأول - ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه	
١٢٤	الفرض الثاني - أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه	
١٢٥	طريق الإجراءات الجماعية (التصفية الجماعية للشركة)	المطلب الثاني
	التصفية الجماعية للشركة أمر اختياري وهو على كل حال أمر	
١٢٥	استثنائي	
١٢٦	معي أن تصفية الشركة هي تصفية جماعية	
١٢٧	مراحل التصفية الجماعية للشركة : مراحل أربع	
١٢٨	§ ١ - المرحلة الأولى - تعيين مصف للشركة	
١٣٥	كيف يعين المصفي :	
١٣١	تثبيت وصي الشركة	
١٣٢	تعيين مصف للشركة	
١٣٤	قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين :	
٣٦	الأثران المترتبان على قيد أمر تعيين المصفي :	
	لا يجوز التصرف في أموال الشركة ولا استيفاء مالها	

صفحة

١٣٦ من ديون ..
١٣٨	... لا يجوز اتخاذ أى إجراء فردى على أموال الشركة .
١٤١ كيف تنتهى مهمة المصفى .
١٤١ تنتهى مهمة المصفى فى الأصل بانتهاء التصفية .
١٤١ تنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية بتسوية .
١٤١ تنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية بموته .
١٤٢ تنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية بجزله .
١٤٢	٢٥ - المرحلة الثانية - جرد الشركة بمالها وما عليها
١٤٣	تسلم المصفى أموال الشركة وما يتعلق بأجرة وبنفقات تصفية :
١٤٤ تسليم المصفى لأموال الشركة ..
١٤٤ تحديد أجر المصفى ...
١٤٤ نفقات التصفية ...
١٤٥ مصروفات قسمة أموال الشركة ...
١٤٥ اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة :
١٤٦ وضع الاختتام على الغرف والقاعات التى تحتوى على الأثاث
١٤٦ إيداع النقود والأوراق المالية والحل والجواهر وغيرها فى
١٤٦ أحد المصارف .
١٤٧ تقدير قيمة هذه الأشياء وإدراجها فى قائمة الجرد ...
١٤٧ تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقتة لمن كان الميت يعلم من ورثة
١٤٨ تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ...
١٤٩ تقدير نفقة مؤقتة للورثة الذين كان المورث يعلم ..
١٥٠ إدارة الشركة ومسئولية المصفى عن الإدارة ...
١٥٠ الوسائل التحفظية كقيد الرهن وقطع التقادم وحجز ما للمدين
١٥٠ لدى الغير والحجز التحفظى ..
١٥١ أعمال الإدارة المألوفة كبيع المحصول وقضى الغلة والديون
١٥١ المستحقة والنيابة عن الشركة فى الدعاوى ...
١٥١ مسئولية المصفى هى مسئولية الوكيل المأجور ...
١٥٢ تكليف دائى الشركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق
١٥٢ وما عليهم من ديون :
١٥٣ توجيه تكليف على لدائى الشركة ومدينها ...
١٥٣ المواعيد الواجب مراعاتها فى هذا التكليف ...
١٥٤ الطرق المختلفة لنشر هذا التكليف ...

١٥٤	جرد حقوق التركة وديونها :
١٥٦	وسائل إحصاء ما للتركة من أعيان وحقوق وما عليها من ديون
١٥٧	تقدير قيمة أموال التركة والاستعانة بخبير عند الاقتضاء ...
١٥٧	عقوبة من استولى غشاً على شيء من أموال التركة ولو كان وارثاً
	إعداد قائمة بجرد التركة وإيداعها قلم كذاب المحكمة وإخطار
١٥٨	ذوى الشأن بهذا الإيداع
١٥٩	الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد :
١٦٠	المنازعات في قائمة الجرد
١٦١	فحص المحكمة للمنازعات فحصاً مبدئياً
١٦٢	صدور أمر في شأن هذه المنازعات
١٦٢	٣٩ - المرحلة الثالثة - تسوية ديون التركة
١٦٣	متى توفي ديون التركة ومن أين توفي :
	الوفاء بالديون غير المتنازع فيها إذا كانت التركة موسرة
١٦٤	والوفاء بالديون الأخرى عند انتهاء النزاع
	وفاء الديون من نفود التركة وما يقتضيه المصفي من حقوقها
١٦٦	في ذمة مدينها
١٦٦	وفاء الديون من الأوراق المالية التي في التركة
١٦٦	وفاء الديون من منقولات التركة ثم من عقاراتها
١٦٧	تعميل الوفاء بالديون المؤجلة :
١٦٨	تعميل الدين ذي الفوائد بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدني ...
١٦٩	تعميل الدين الذي لا فوائد له
١٦٩	استبقاء أجل الديون وترتيبها على الورثة :
	توزيع الديون المؤجلة مع أموال التركة بحيث يكون نصيب
١٧٠	كل وارث معادلاً لصافي حصته من الإرث
١٧٠	جواز ترتيب ضمانات خاصة للدائنين
١٧١	استبقاء الدائن لتأمينه الخاص
١٧١	السبب في إضافة التأمينات التكميلية
١٧٢	جواز تعجيل أحد الورثة لديه المؤجل
١٧٢	وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد :
	رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة في أموال التركة التي
١٧٣	لا تزال في أيديهم
	رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة إذا تصرف هؤلاء في أموال

صفحة

١٧٤	التركة بموجب إثراء الوارث على حساب الدائن
	استبقاء هؤلاء الدائنين حقهم في الرجوع على أموال التركة
١٧٤	التي لا تزال في أيدي الورثة
١٧٤	تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف
١٧٤	تنفيذ التكاليف التي على التركة كالضرائب
١٧٤	تنفيذ الوصايا في حدود نصاب الوصية

§ ٤ - المرحلة الرابعة - تسليم أموال التركة لورثة خالية

١٧٥	من الديون وقسمة هذه الأموال
١٧٦	تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصنيفها للورثة :
	تسليم المحكمة شهادة الإرث للوارث بعد أن يقدم هذا الإعلام
١٧٧	الشرعي للورثة
١٧٨	شهر الوارث حقه في الإرث عن طريق تسجيل هذه الشهادة
	جواز تسليم الوارث لكل نصيبه أو بعضه بمجرد انقضاء الميعاد
١٧٩	المقرر منازعات المتعلقة بالجرد
١٧٩	قسمة المصفي للتركة :
١٨١	طلب الوارث تسليم نصيبه مفرزاً
١٨١	تجنيب حصة الوارث بالاتفاق مع الورثة
١٨١	رفع دعوى القسمة إذا تعذر اتفاق الورثة
١٨١	أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها :
١٨٢	الأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بمحافظة الورثة نحو المورث
١٨٣	المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري
١٨٤	الديون التي للتركة على مدينيتها
١٨٥	قسمة المورث
	جواز زيادة نصيب الوارث في هذه القسمة بمقدار نصاب
١٨٦	الوصية
١٨٧	جواز إفراز نصيب بعض الورثة دون بعض
١٨٧	قسمة المورث هي وصية وقسمة
	الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو
١٨٨	كل الورثة أو كل ديون التركة :
١٨٨	عدم تناول القسمة كل أموال التركة
١٨٩	عدم تناول القسمة كل الورثة
١٩٠	عدم تناول القسمة كل ديون التركة

المبحث الثالث	— شهر حق الإرث	١٩١
	خضوع حق الإرث للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقاري	١٩١
	كيف يتم شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري	١٩٤
	من يقوم بشهر حق الإرث	١٩٥
	المهر الذي يسجل	١٩٥
	عدم دفع رسم عن شهر حق الإرث	١٩٦
	جزاء عدم شهر حق الإرث : تنتقل إلى الوارث ملكية نصيبه ولكن لا يجوز شهر تصرفه في هذا النصيب	١٩٦
	قصر الشهر على جزء من عقارات التركة	١٩٧
	إجراءات شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري :	١٩٧
	طلب شهر حق الإرث	١٩٧
	المستندات التي ترفق بطلب شهر حق الإرث	١٩٨
	عملية الشهر	٢٠٠
	شهر حق الإرث في قانون السجل المني	٢٠١
	جزاء عدم الشهر هو عدم جواز تصرف الوارث	٢٠٢
	تقديم طلب التقييد إلى مأمورية السجل المني	٢٠٢
	الفروق ما بين شهر حق الإرث في قانون السجل المني وشهره في قانون تنظيم الشهر العقاري	٢٠٢

الفصل الثاني

الوصية

المبحث الأول	— تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية	٢٠٦
	قانون الوصية المستمد من الشريعة الإسلامية هو الذي يسرى على الوصية لجميع المصريين :	٢٠٦
	قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ومشتلاته	٢٠٦
	الأحكام الرئيسية التي اشتمل عليها قانون الوصية	٢٠٧
	شكل الوصية وشروط صحتها :	٢٠٧
	شكل الوصية — أحد أشكال ثلاثة	٢٠٨
	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى	٢٠٨
	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى له	٢٠٩
	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى به	٢٠٩
	رجوع الموصى عن الوصية :	٢١٠

صفحة

رجوع الموصى صراحة أو دلالة	٢١٠
ملا يعتبر رجوعاً في الوصية .	٢١٠
قبول الموصى له انوصية ورده إياها :	٢١٠
قبول الموصى له الوصية أو ردها يكون بعد وفاة الموصى .	٢١٠
موت الموصى له قبل القبول أو الرد وقيام ورثته مقامه	٢١١
إبلاغ الموصى له بالوصية بإعلان رسمي ومضى ثلاثين يوماً	
على ذلك	٢١١
الموصى له :	٢١١
الوصية للمعلوم والوصية بالمنافع لطبقتين والوصية لمن	
لا يحصون	٢١١
انوصية لمعينين .	٢١١
انوصية للحمل .	٢١١
الموصى به :	٢١٢
الوصية بالثلث للوارث وغيره	٢١٢
الوصية بسهم شائع في التركة .	٢١٤
الوصية بمنفعة العين	٢١٥
الوصية بالمرتبات	٢١٦
الوصية الواجبة :	٢١٦
متى تكون الوصية الواجبة	٢١٦
الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا	٢١٧
— حماية الورثة من "رعايا المسترة" .	٢١٨
حالتان يحى فيهما الوارث من الوصايا المسترة .	٢١٨
الحالة الأولى — التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت :	٢٢٠
الشرط الأول — التصرف صادر في مرض الموت :	٢٢١
أى تصرف وليس البيع فقط	٢٢٢
عبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض	
الموت	٢٢٢
الشرط الثاني — التصرف مقصود به التبرع :	٢٢٤
أكثر ما يقع ذلك في البيع وقد ورد فيه نص	
خاص	٢٢٤
عبء إثبات أن التصرف مقصود به التبرع ..	٢٢٥
الحالة الثانية — التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين	
وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته :	٢٢٥

المبحث الثاني

٢٢٦	في عهد التقنين المدني القديم
٢٢٧	المشروع التمهيدى والتصرف لغير الوارث
٢٢٩	التقنين المدني الجديد واحتفاظ المورث بحيازة العين والانتفاع
٢٣٢	بها مدى الحياة
٢٣٣	القرينة قرينة قانونية غير قاطعة
٢٣٤	وحسن القرينة
٢٣٤	عدم دحض القرينة وبقاؤها قائمة
٢٣٥	المبحث الثالث — شهر الوصية
٢٣٥	خضوع الوصية للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى
٢٣٦	كيف يتم شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى :
٢٣٦	متى شهر الوصية
٢٣٧	من يقوم بشهر الوصية
٢٣٧	المحرر الذى يسجل
٢٣٧	دفع رسم نسي عن تسجيل الوصية
٢٣٧	جزاء عدم تسجيل الوصية : عدم انتقال ملكية العقار الموصى
٢٣٧	به لا بالنسبة إلى الغير ولا بين ذوى الشأن
٢٣٨	إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى
٢٣٩	الصورة الأولى : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية الموثقة
٢٣٩	في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية
٢٣٩	مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه
٢٣٩	الصورة الثانية : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية المكتوبة
٢٣٩	كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه
٢٤٠	الصورة الثالثة : الموصى يقوم في حال حياته بتسجيل الوصية
٢٤٠	الصورة الرابعة : الوصية الواجبة
٢٤١	شهر الوصية في قانون السجل العيني :
٢٤١	جزاء عدم الشهر هو أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل إلى
٢٤١	الموصى حتى بين ذوى الشأن
٢٤٢	تقديم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني
٢٤٢	الفرق ما بين انقيد في السجل العيني والتسجيل في قانون تنظيم
٢٤٢	الشهر العقارى : للقيد حجية مطلقة

الباب الثالث

كسب الملكية فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الاتصاق

صفحة

٢٤٣	مقومات الاتصاق وتكييفه القانوني :
	مقومات الاتصاق : الاندماج والتميز واختلاف المالك
٢٤٣	وانعدام اتفاق سابق
	التكييف القانوني للاتصاق : واقعة مادية مكسبة للملكية جديدة
٢٤٤	(بخلاف ملكية الثمار فهي نفس الملكية الأصلية)
٢٣٧	ما استحدث التقنين المذق الجديد من الأحكام في الاتصاق
٢٤٨	أحوال الاتصاق :
٢٤٨	الاتصاق الطبيعي بالعقار
٢٤٨	الاتصاق الصناعي بالعقار
٢٤٨	التصاق المنقول بالمنقول

المبحث الأول — الاتصاق الطبيعي بالعقار (التصاق المنقول

٢٤٨	بالأرض بفعل أشياء)
٢٥١	فل مياه البحر والمياه الراكدة كالبحيرات والبرك
٢٥٢	فل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي :
	شروط تراكم الطمي : طريقة تغريجية غير محسوسة -
٢٥٢	علو الطمي أعلى منسوب المياه - ملاصقته للأرض المجاورة
	حكم الطمي : منكيته لذلك الأرض المجاورة بطريق
٢٥٤	الاتصاق
٢٥٥	طرح النهر وأكله :
٢٥٧	قانون رقم ١٠٠ هو القانون المعمول به الآن
	طرح النهر مملوك للدولة ملكية خاصة ويوزع على صغار الفلاحين
٢٥٨	طبقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي
٢٥٩	تمويض أصحاب أكل النهر تمويضاً نقدياً

المبحث الثاني - الالتصاق الصناعي بالمقار (التصاق المنشآت

منه

- ٢٦٠ بالأرض بفعل الإنسان)
 ٢٦٠ مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها :
 ٢٦١ قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس
 ٢٦٢ الدليل العكسي الذي يدحض هذه القرينة
 ٢٦٣ صور ثلاث تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق :
 ٢٦٣ صاحب الأرض هو الباقي في أرضه بأدوات مملوكة لغيره
 ٢٦٤ صاحب الأدوات هو الباقي في أرض غير
 ٢٦٤ الباقي بني في أرض غير وبأدوات غير

المطلب الأول - الصورة الأولى - صاحب الأرض هو الباقي في

- ٢٦٧ أرضه بأدوات مملوكة لغيره
 ٢٦٨ صاحب الأرض حسن النية :
 ٢٦٨ صاحب الأرض يملك الأدوات بالحيازة
 ٢٦٨ صاحب الأرض لا يملك الأدوات بالحيازة
 ٢٦٩ صاحب الأرض سيء النية :
 ٢٦٩ الفرض الأول - نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضرراً جسيماً
 ٢٦٩ الفرض الثاني - نزع الأدوات لا يلحق بالمنشآت ضرراً

- ٢٧١ جسيماً :
 ٢٧١ دعوى الاسترداد ترفع في ميعاد سنة ..
 ٢٧٢ دعوى الاسترداد لا ترفع في ميعاد سنة

- ٢٧٣ وضع منقول في الأرض غير أدوات البناء...

المطلب الثاني - الصورة الثانية - صاحب الأدوات هو الباقي في

- ٢٧٣ أرض غيره ..
 ٢٧٦ ١٩ - الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية :
 ٢٧٦ الباقي سيء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره :
 المهد الأول في خلال سنة تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه مالك
 ٢٧٩ الأرض بإقامة المنشآت :
 مالك الأرض يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع
 ٢٧٩ التعويض...
 مالك الأرض يملك المنشآت بالالتصاق بأقل القيمتين : قيمتها
 مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب
 ٢٨٠ هذه المنشآت

المطلب الثالث	— الصورة الثالثة — الباني بني في أرض غيره	
	وبأدوات غيره	٣٢١
	علاقة صاحب المواد بالباني	٣٢٢
	علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض	٣٢٣
	علاقة الباني بصاحب الأرض	٣٢٤
المبحث الثالث	— التصاق المنقول بالمنقول	٣٢٥
	شروط التصاق المنقول بالمنقول :	٣٢٧
	التصاق بين منقول ومنقول...	٣٢٧
	اختلاف المالك	٣٢٧
	اندماج المنقولين أحدهما في الآخر	٣٢٧
	انعدام اتفاق سابق	٣٢٧
	أحكام التصاق المنقول بالمنقول...	٣٢٨
	توجيهات عامة يسترشد بها القاضى	٣٢٨
	الضم والخلط أو المزج والتحويل	٣٣٠

الفصل الثانى

العقد

٣٣١	كسب الملكية بالعقد فى المنقول والعقار...
٣٣٢	كسب الملكية بالعقد فى المنقول :
٣٣٣	الشيء المعين بالذات
٣٣٣	الشيء المعين بنوعه
٣٣٤	كسب الملكية بالعقد فى العقار — وجوب الشهر :
٣٣٧	المرحل الذى مر بها انتقال الملكية فى العقار :
٣٣٧	قبل صدور التقنين لمدنى القديم
٣٣٧	منذ صدور التقنين لمدنى القديم
٣٣٨	منذ صدور قانون التسجيل
٣٣٩	منذ صدور قانون تنظيم الشهر العقارى
٣٤٠	نظام السجل العيى

المبحث الأول	— المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر
--------------	--

٣٤٣	على الشهر
	التصرفات ولأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيى عقارى أصلى أو
٣٤٦	نقله أو تغييره أو زواله

صفحة

التصرفات و لأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصل	٣٤٦
الدعوى الخاصة للشهر	٣٤٦
المطلب الأول - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني	
عقارى أصل أو نقله أو تغييره أو زواله	٣٤٦
١ § - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر	٣٤٦
المقود الواجبة الشهر	٣٤٦
المقود المنشئة لحق عيني عقارى أصل (انقطاع أو ارتفاق	
أو حكر)	٣٤٧
المقود النقلة لحق عيني عقارى أصل (البيع والمقايضة والوفاء	
بمقابل والهبة والشركة)	٣٤٧
المقود المنيرة لحق عيني عقارى أصل	٣٤٧
المقود المنية لحق عيني عقارى أصل	٣٤٨
التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر	٣٤٨
الوقف	٣٤٨
الوصية	٣٤٩
إنشاء أسلوة	٣٤٩
التصرفات الإدارية (نزع الملكية للمنفعة العامة - تقسيم	
الأراضي - ردم البرك والمستقعات - طرح البحر	
وأكله)	٣٥٠
الأحكام المنشئة الواجبة الشهر :	٣٥٢
أحكام مرسى المزارع	٣٥٤
الحكم بثبوت الشفعة	٣٥٥
٢ § - ما يترتب على الشهر من أثر	٣٥٦
أولاً - التصرف أو الحكم قبل أن يشهر :	٣٥٦
في قانون الشهر العقارى :	٣٥٦
البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير	
ولا فيما بين المتعاقدين	٣٥٧
البيع غير المسجل لا يزال يبرأ فينتج آثاره على نقل	
الملكية	٣٥٩
في قانون السجل العيني :	٣٦٠
البيع غير المقيد لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير	
ولا فيما بين المتعاقدين	٣٦٠

صفحة

البيع غير المقيّد لا يزال يبيحاً فينتج آثاره على	
نقل الملكية...	٢٦١
ثانياً - التصرف أو الحكم بعد أن يشهر	٢٦١
في قانون الشهر العقاري :	٢٦١
البيع المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٢٦٢
ليس لانتقال الملكية أثر رجعي يستند إلى	
وقت البيع ...	٢٦٢
الرأى المارض القاتل بأن لانتقال الملكية	
فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً والحجج	
التي يستند إليها ...	٢٦٤
البيع المسجل ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير	٢٦٨
حسن النية والتسجيل :	٢٦٩
عهد التقنين المدني السابق	٢٧٠
عهد قانون التسجيل	٢٧٠
عهد قانون الشهر العقاري	٢٧١
في قانون السجل المني :	٢٧٤
لقيد حجية مطلقة بخلاف التسجيل وهو لا يقد	
الذي ينقل الملكية ...	٢٧٤
البيع المقيّد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٢٧٧
لا خلاف في أنه ليس للقيد أثر رجعي حتى	
فيما بين المتعاقدين ...	٢٧٧
البيع المقيّد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٢٧٨
القيد لا يفسره سوء النية ولا التواطؤ ...	٢٧٩
المطلب الثاني - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني	
عقارى أصلي	٢٨٠
§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر	٢٨٠
المقود الكاشفة الواجبة الشهر :	٢٨٠
عهد القسمة :	٢٨٠
اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع	٢٨١
دعوى نقض القسمة للثنين	٢٨٢
قسمة المهايأة المكانية إذا انقلبت إلى قسمة نهائية	٢٨٢
عهد الصلح :	٢٨٢

صفحة

٢٨٢	الحكم بالتصديق على محضر المصلح
٢٨٤	التصرفات الكاشفة المصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر :
٢٨٤	الإقرار بالنير بملكية عقار
٢٨٥	إقرار المقدر الصادر من النير ..
٢٨٥	إجازة المقدر القابل للإبطال
٢٨٦	ترك الحق في التقادم
٢٨٦	الأحكام الكاشفة الواجبة الشهر :
٢٨٧	الحكم الصادر في القسمة القضائية
٢٨٧	الحكم الاتفاق
٢٨٨	الحكم بإرساء المزاد على أحد الشركاء في قسمة التصفية
٢٨٨	الحكم بإرساء المزاد على الحائز للمقار
٢٨٨	§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر
٢٨٨	أولاً - التصرف أو الحكم قبل أن يشهر
٢٨٨	في قانون الشهر العقاري :
٢٩٠	لا يحتج بالقسمة غير المسجلة على النير ..
٢٩٢	في قانون السجل المبنى :
٢٩٤	القسمة غير المقيدة لا تكون حجة على النير ..
٢٩٤	القسمة غير المقيدة لا تنتج أثراً فيما بين المتعاقدين
٢٩٥	ثانياً - التصرف أو الحكم بعد أن يشهر
٢٩٥	في قانون الشهر العقاري :
٢٩٥	القسمة المسجلة تنتج أثراً فيما بين المتعاقدين
٢٩٥	القسمة المسجلة تكون حجة على النير ..
٢٩٦	في قانون السجل المبنى :
٢٩٦	القسمة المقيدة تكون حجة على النير ..
٢٩٦	القسمة المقيدة تنتج أثراً فيما بين المتعاقدين
٢٩٧	المطلب الثالث - الدعاوى الخاضعة للشهر
٢٩٧	§ ١ - أنواع الدعاوى الخاضعة للشهر
٢٩٧	دعاوى الطعن في التصرفات واجبة الشهر :
	الدعاوى التي تطعن في وجود التصرف (بطلان التصرف
٢٩٨	وصوريته الفسخ والانقضاء والإلغاء)
	الدعاوى التي تطعن في صحة التصرف (إبطال التصرف وتقضي
٢٩٨	القسمة الرضائية)

الدعوى التى تطن فى نفاذ التصرف (الدعوى البولصية ودعوى	
عدم نفاذ الوصية أو تصرفات المريض مرض الموت) ...	٣٩٩
دعوى صحة التعاقد : ...	٣٩٩
أنواع مختلفة من دعوى صحة التعاقد... ..	٤٠١
دعوى الاستحقاق : ...	٤٠٢
دعوى استحقاق ملكية العقار.. ..	٤٠٢
دعوى الإقرار بحق عيني ...	٤٠٣
دعوى إنكار الحق المبنى ...	٤٠٤
الدعوى الخاصة الشهر فى قانون السجل المبنى : ...	٤٠٤
دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بحق عيني ودعوى إنكار	
الحق المبنى.. ..	٤٠٤
دعوى التطن بطلان التصرف وبإبطال التصرف وتقضى	
القصة الرضائية للعين ...	٤٠٥
الدعوى البولصية ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ	
تصرفات المريض مرض الموت... ..	٤٠٥
دعوى الفسخ والانتفاخ والالغاء ...	٤٠٥

٢٥ - كيف يكون إجراء شهر الدعوى وما يترتب عليه

من أثر	٤٠٧
كيف يكون إجراء شهر الدعوى فى قانون الشهر العقارى ...	٤٠٧
التأثير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها	٤٠٨
التأثير بمنطوق الحكم النهائى	٤٠٩
كيف يكون إجراء شهر الدعوى فى قانون السجل المبنى ...	٤١٠
طلب إضافى هو إجراء التغير فى بيانات السجل المبنى ...	٤١٠
التأثير فى السجل المبنى بمضمون الطلبات وتقديم شهادة تدل	
على حصول التأثير	٤١٠
التأثير فى السجل المبنى بمنطوق الحكم النهائى	٤١٠
ما يترتب على شهر الدعوى من أثر فى قانون الشهر العقارى ...	٤١٠
المتصرف له شهر التصرف بعد شهر الدعوى	٤١٢
المتصرف له شهر التصرف قبل شهر الدعوى	٤١٢
ما يترتب على شهر الدعوى من أثر فى قانون السجل المبنى ...	٤١٤
التأثير بالحكم النهائى فى خلال خمس سنوات.. ..	٤١٥
التأثير بالحكم النهائى بعد انقضاء خمس سنوات	٤١٦

٤١٧	المبحث الثاني - إجراءات الشهر
٤١٧	المطلب الأول - إجراءات الشهر في قانون الشهر العقاري .
٤١٩	طلب الشهر والتأشير عليه بقبوله للشهر :
٤١٩	البيانات التي يجب أن يشمل عليها طلب الشهر
٤٢٢	تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...
		بحث الطلب من الناحية الهندسية ومن الناحية القانونية والتأشير
٤٢٤	عليه بقبوله للشهر ..
٤٢٥	مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر :
		إعداد مشروع المحرر رسميا كان أو عرفيا (الورق الأزرق
٤٢٥	والمداد الأسود) من واقع بيانات طلب الشهر
٤٢٥	تدوين مشروع المحرر بدفتر أسبقية مشروعات المحررات...
		بحث مشروع المحرر من ناحية مطابقة البيانات لبيانات طلب
٤٢٦	الشهر والتأشير عليه بصلاحيته للشهر...
٤٢٦	توقيع المحرر وعملية التسجيل :
٤٢٦	مكتب التوثيق لتوثيق المحرر أو للتصديق على التوقيعات
٤٢٧	تقديم المحرر لمكتب الشهر وإعطائه رقما مسلسلا هو رقم الشهر
		تدوين المحرر بدفتر الشهر وتسليم صورة فوتوغرافية لصاحب
٤٢٩	الشان وإرسال صورة فوتوغرافية للمكتب الرئيسي
٤٢٩	التأشير الهامشي :
٤٢٩	طلب التأشير الهامشي والبيانات التي يشتمل عليها...
٤٢٩	تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...
٤٣٠	إثبات التأشير في هامش المحرر...
٤٣٢	المطلب الثاني - إجراءات الشهر في قانون السجل العيني .
٤٣٢	تنظيم السجل العيني :
٤٣٢	سجل عيني لكل قسم ساحي...
٤٣٣	صحيفة خاصة لكل وحدة عقارية بالسجل العيني...
٤٣٤	إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة :
٤٣٤	إستخلاص بيانات الصحائف من مصادر معينة
٤٣٧	دعوة أصحاب الشأن للاطلاع على بيانات الوحدة العقارية...
٤٣٨	طلبات إجراء التغير أمام اللجنة القضائية في خلال سنة...
٤٣٨	التغير والتصحيح في بيانات السجل العيني :
٤٣٩	التغير في البيانات

صفحة

٤٤٠	التصحيح في البيانات...
٤٤١	إجراءات القيد في السجل المبنى :
٤٤١	طلب القيد وبياناته ...
٤٤١	تكوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...
٤٤٣	رقص طلب إجراء القيد
٤٤٣	القيد في السجل المبنى...
٤٤٣	سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل المبنى...

الفصل الثالث

الشفعة

تمهيد

٤٤٤	التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني ..
٤٤٥	التعريف بالشفعة : ...
٤٤٦	البائع والمشتري والشفيع والمقار المشفوع به والمقار المشفوع فيه .
٤٤٧	التكييف القانوني للشفعة :
٤٤٧	الشفعة ليست بحق مبنى ولا بحق شخص بل هي ليست بحق أصلا ...
٤٤٨	الشفعة سبب لكسب الحق : واقعة مركبة من صلة مادية بين المقار المشفوع به والمقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية ومن بيع عقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ومن إعلان الإخذ بالشفعة هذا تصرف قانوني ...
٤٤٩	الشفعة منزلة وسطى بين الرخصة في التمك والحق في الملك ...
٤٥٢	الشفعة متصلة بشخص الشفيع ...
٤٥٢	لا يجوز لدائي الشفيع أن يتعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة ..
٤٥٣	لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير .
٤٥٣	الشفيع أن يتزل من الشفعة حتى قبل أن يقوم بها سببها أي قبل البيع ..
٤٥٨	لا تنتقل الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها إلى ورثته : .
٤٦٠	الخلاف في الفقه الإسلامي : الحنفية والحنابلة (لا تورث) الملكية والشافعية (تورث)

صفحة

الخلاف في القضاء المصري : محكمة استئناف مصر	
بنوائرها المجتمعة (لا تورث) - محكمة النقض (تورث)	٤٦٢
الخلاف في الفقه المصري : جزء من الفقه المصري	
(لا تورث) - جزء آخر (تورث)	٤٦٥
ترجيح الرأي الذي يقول بأن الشفعة لا تورث - الحبيج	
التي ترجح هذا الرأي	٤٦٧
التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة وخصومها -	
التضييق في حق الشفعة في التقنين المدني الجديد	٤٧٢
التشريعات المتعاقبة :	٤٧٢
الفقه الإسلامي - التقنين المدني الوطني والتقنين المدني	
المختلط - قانون الشفعة - التقنين المدني الجديد	٤٧٢
استبقاء الشفعة سبباً لكسب الملكية :	٤٧٤
أنصار الشفعة وخصومها	٤٧٥
الشفعة بسبب الجوار	٤٧٥
التضييق في حق الشفعة - التعديلات التي استحدثها التقنين المدني	
الجديد	٤٧٧
إيداع الشفع كل الثمن خزله المحكمة	٤٧٧
نزول الشفع عن حقه في الشفعة قبل البيع	٤٧٨
التوسع في منع الأخذ بالشفعة بين الأقارب وبين الأصهار	٤٧٨
إسقاط حق الشفعة بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع	٤٧٨
تفضيل المشتري الشفع على شفع من طبقته	٤٧٩
مباحث ثلاثة :	٤٨٠
شروط الأخذ بالشفعة	٤٨٠
كيفية الأخذ بالشفعة	٤٨٠
آثار الأخذ بالشفعة	٤٨٠
المبحث الأول - شروط الأخذ بالشفعة	٤٨٠
بيع عقار ووجود شفع	٤٨٠
المطلب الأول - بيع عقار	٤٨٠
١§ - بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة	٤٨١
لا شفعة في المنقول :	٤٨١
المنقول يرد عليه حق الاسترداد لا حق الشفعة	٤٨١
لا شفعة في حصة شائعة في سفينة	٤٨٢
لا شفعة في منقول بحسب المال	٤٨٢

٤٨٢	لا شفعة في عقار بالتخصيص .
٤٨٣	الشفعة غير قابلة للتجزئة :
٤٨٣	تعدد الصفقة ..
٤٨٥	وحدة الصفقة :
٤٨٥	تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع ..
٤٨٨	تعدد المقاربات المبيعة مع وحدة المشتري (الاتصال - التخصيص لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة)
٤٩٣	لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع ..
٤٩٤	لا شفعة في الواقعة المادية كالإراث والالتصاق والتقادم ...
٤٩٤	لا شفعة في التصرف القانون الصادر من جانب واحد كالوصية
٤٩٤	لا شفعة في عقود التبرع كالهبة .
٤٩٤	البيع المستر في صورة هبة
٤٩٥	الهبة المسترة في صورة بيع
٤٩٥	التحايل لمنع الأخذ بالشفعة - هبة الشريط من الأرض الملاصق لأرض الشفع
٤٩٦	لا شفعة في عقود المعاوضة إلا إذا كان المقد يماً :
٤٩٧	لا شفعة في المقايضة ولو كانت بمعدل .
٤٩٧	لا شفعة في الشركة ...
٤٩٧	لا شفعة في الوفاء بمقابل
٤٩٧	لا شفعة في العقود الكاشفة :
٤٩٧	لا شفعة في القسمة ...
٤٩٧	لا شفعة في الصلح ...
٤٩٨	شفعة في عقد البيع :
٤٩٨	البيع الباطل ..
٤٩٨	البيع الصوري - الشفع ليس من النير في الصورة
٥٠٠	البيع الابتدائي
٥٠٢	البيع المقترن بعربون .
٥٠٣	البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ...
٥٠٥	البيع المتقابل فيه
٥٠٧	البيع القابل للإبطال ..
٥٠٩	عبء إثبات البيع الجائر الأخذ فيه بالشفعة يقع على الشفع ..
٥١٠	جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل :
٥١٠	قبل صدور قانون التسجيل - يجوز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل

صفحة

- منذ صدور قانون التسجيل - رأيان : ٥١٠
الرأى المرجوح عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا في البيع
المسجل ٥١٠
الرأى اتراجع الذي أخذ به القضاء هو جواز الأخذ
بالشفعة في البيع غير المسجل ٥١١
التقنين المدني الجديد - جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير
المسجل - ملاحظات : ٥١٤
ما دامت الشفعة جائزة في البيع الابتدائي فهي جائزة في البيع
غير المسجل ٥١٦
لا يشترط ثبوت تاريخ البيع لجواز الأخذ بالشفعة ٥١٦
بيع العقار المشفوع به للشفيع يجب أن يكون مسجلاً ... ٥١٧
الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع : ٥١٨
الحالة الأولى - البيع الثاني صادر بعد تسجيل طلب الأخذ بالشفعة : ٥١٩
يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول ٥١٩
الحالة الثانية - البيع الثاني صادر قبل تسجيل طلب الأخذ بالشفعة : ٥٢٠
لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني : ... ٥٢٠
ما يترتب على ذلك من النتائج ٥٢١
لا عبرة بتسجيل البيع ٥٢٣
٢٥ - البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة ٥٢٤
موانع الشفعة غير مسقطاتها - المانع يلغى الشفعة ابتداءً والمسقط
يلغى الشفعة بعد أن تقوم ٥٢٦
موانع الشفعة المتعلقة بالبيع والمتناثرة في تشريعات مختلفة ... ٥٢٧
الموانع الثلاثة المتعلقة بالبيع والمذكورة في التقنين المدني : ... ٥٢٨
١ - البيع بالمراد الملقى وفقاً لإجراءات رسمها القانون : ٥٢٨
البيع بالمراد الملقى الجبري أمام القضاء بناء على طلب
الدائنين ٥٢٨
البيع بالمراد الملقى أمام القضاء لعقار شائع لا يمكن
قسمة عيناً ٥٢٨
بيع النولة لأملاكها الخاصة بالمراد الملقى ٥٢٩
بيع العقار المحجوز عليه إدارياً لاستيفاء الضرائب ... ٥٢٩
بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمراد الملقى ٥٢٩
بيع العقار المثقل بتكاليف حينية يبيعاً اختيارياً بالمراد الملقى ٥٣٠

صفحة

- ٥٣١ ... ما يخرج من هذا النطاق وتجاوز فيه الشفعة ...
 بيع المالك عقاره بيعاً حراً بالمزاد العلني دون التقيد
 ٥٣٢ ... باجراءات وشروط ..
 ٥٣٢ ... بيع المالك عقاره بالمظاريف ..
 ٢ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار للدرجة
 ٥٣٤ : معينة : ...
 ٥٣٤ ... بيع الزوج لزوجته أو بيع الزوجة لزوجها ...
 ٥٣٤ ... بيع المالك لقروعه مهما نزلوا أو لقروعه مهما علوا ...
 ٥٣٤ ... بيع المالك لأحد أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة
 ٥٣٦ ... بيع المالك لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية ...
 ٥٣٨ ٢ - المقار قد بيع ليكمل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :
 يتناول منع الشفعة الدين الإسلامي وغيره من الأديان
 ٥٣٨ ... المرونة ...
 لا يتناول منع الشفعة عقاراً بيع ليكون مدرسة أو ملجأ
 ٥٣٨ ... أو مبرة أو مستشفى أو مصحة أو أية مؤسسة اجتماعية ...
 المطلب الثاني - وجود شفيع
 ٥٣٩ ...
 ١٩ - من هم الشفعاء ...
 ٥٣٩ ...
 ١ - من تثبت له صفة الشفيع : ...
 ٥٤٤ ... مالك الرقة : ...
 ٥٤٤ ... مالك الرقة يشفع في حق الانتفاع ...
 ٥٤٧ ... الشريك في الشيوع ...
 ٥٤٧ ... عقار شائع ...
 ٥٤٩ ... بيع أحد الشركاء لخصته الشائعة ..
 ٥٥١ ... بيع الحصة الشائعة يكون لأجنبي .
 المقصود بالمقار الشائع الملكية التامة والرقة (الشفعة
 في جزء شائع في الرقة) وحق الانتفاع (الشفعة في جزء
 شائع في حق الانتفاع) ..
 ٥٥٢ ...
 ٥٥٤ ... صاحب حق الانتفاع : ...
 ٥٥٤ ... صاحب حق الانتفاع يشفع في الرقة ...
 ٥٥٨ ... مالك الرقة والمستحكر في الحكر :
 أرض رتب عليها حق الحكر - صاحب الرقة يشفع في
 ٥٥٩ ... حق الحكر والمستحكر يشفع في الرقة .

صفحة	
٥٦٠	ندوة حصول هذا القرض عملاً
٥٦١	الجار المالك - أحوال ثلاث :
٥٦٤	الحالة الأولى للجوار - المياق والأراضي المعلقة للبناء :
٥٦٤	التلاصق من جهة واحدة
٥٦٦	ما يمنع التلاصق - التحايل لمنع الشفعة
٥٦٨	تحقق التلاصق بأي امتداد مهما صغر
٥٦٨	التلاصق الرأسى - ملكية الطبقات
	الحالة الثانية للجوار - للأرض المبيعة أو عليها حق
٥٧٠	ارتفاع لأرض الجار :
	حق ارتفاع أيا كان مصدره وكذلك القيود القانونية
٥٧١	على حق الملكية
	حق ارتفاع لمصلحة الأرض المشفوع فيها ولمصلحة
٥٧٢	أراض أخرى
٥٧٣	نزول المشتري عن حق الارتفاع الشفع
	الحالة الثالثة للجوار - أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة
٥٧٥	من جهتين وتساوى نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :
٥٧٥	ملاصقة أرض الشفع للأرض المبيعة من جهتين ...
	أرض الشفع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض
٥٧٨	المبيعة
٥٨٠	ب - الشروط الواجب توافرها في الشفع :
	الشرط الأول - الشفع مالك للمعار المشفوع به من وقت
٥٨٠	بيع المعار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة :
	ملكية الشفع للمعار المشفوع به يجب أن تسبق البيع
٥٨١	الذى يأخذ فيه بالشفعة :
	إذا كان سند ملكية الشفع يباعاً وجب أن يكون
٥٨١	موجوداً وسابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ...
	ويجب أن يكون هذا البيع مسجلاً وأن يكون التسجيل
٥٨١	سابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة
	ملكية الشفع للمعار المشفوع به يجب أن تبقى حتى وقت
٥٨٣	ثبوت حقه في الشفعة :
٥٨٤	للمعار لم يعد صالحاً لأن يشفع به
	ملكية الشفع غير قائمة - البيع الصورى والبيع
٥٨٥	الباطل والبيع المعلق على شرط واقف

- ٥٨٥ ... سند ملكية الشفع بيع معلق على شرط قاسخ .
- ٥٨٦ ... ملكية الشفع شائعة ..
- ٥٨٨ ... سند ملكية الشفع بيع قابل للإبطال .
- ٥٨٩ ... الشرط الثاني - الشفع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :
- ٥٨٩ ... الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف فيجب توافر أهلية
- ٥٨٩ ... التصرف في الشفع
- ٥٨٩ ... الول والوصى والقيم
- ٥٨٩ ... الشرط الثالث - الشفع غير ممنوع من شراء العقار
- ٥٩٠ ... المشفوع فيه :
- ٥٩٠ ... الحالة الأولى - العقار المشفوع فيه يحمل ملكية الشفع
- ٥٩٠ ... الزراعية تزيد على الحد الأقصى
- ٥٩٠ ... الحالة الثانية - الشفع نائب عن المالك في بيع العقار
- ٥٩٠ ... المشفوع فيه
- ٥٩٠ ... الحالة الثالثة - الشفع من عمال القضاء والعقار المشفوع
- ٥٩١ ... فيه متنازع عليه زالتزع من اختصاص الشفع ..
- ٥٩٣ ... الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف :
- ٥٩٣ ... لا شفعة للوقف لأق العقار المجاور ولا في الجزء الساتع
- ٥٩٤ ... المملوك
- ٥٩٥ ... الشفعة في الوقف جائزة ..
- ٥٩٥ ... ٢٥ - تعدد الشفعاء وتزاحمهم
- ٥٩٨ ... الحالات المختلفة لتزامم الشفعاء :
- ٥٩٨ ... الحالة الأولى - تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة
- ٥٩٨ ... الطبقة الأولى : مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع
- ٥٩٨ ... الطبقة الثانية : الشريك في الشيوع في ملكية تامة أو في
- ٥٩٩ ... الرقبة أو في الانتفاع أو في حق الحكر
- ٥٩٩ ... الطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في
- ٦٠٠ ... الرقبة
- ٦٠٠ ... الطبقة الرابعة - مالك الرقبة عندما يشفع في حق الحكر
- ٦٠٠ ... أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في
- ٦٠٠ ... الرقبة
- ٦٠١ ... الطبقة الخامسة - الجار المالك
- ٦٠١ ... الحالة الثانية - تزامم الشفعاء وهم من طبقة واحدة ..
- ٦٠١ ... الشفعاء من طبقة واحدة حتى الطبقة الرابعة يقتسمون
- ٦٠١ ... بنسبة نصيب كل منهم في العقار المشفوع به

صفحة

٦٠٣	عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفهاء من الطبقة الواحدة
٦٠٥	التزام فيما بين الجيران (الطبقة الخامسة) عند تعددهم ...
٦٠٩	الحالة الثالثة - التزام الشفهاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم :
٦٠٩	تزام المشتري مع شفهاء أدنى منه طبقة : ...
٦١٠	يفضل المشتري من باب أول على الشفهاء الأدنى طبقة
٦١٢	تزام المشتري مع شفهاء من نفس طبقة : ...
٦١٢	انقسام كل من الفقه والقضاء قبل التقنين الملقى الجديد
	التقنين الملقى الجديد - يفضل المشتري على الشفهاء
٦١٦	الذين هم من طبقة ...
٦١٧	تزام المشتري مع شفهاء أعلى منه طبقة :
٦١٧	يفضل الشفهاء الأعلى طبقة على الشفيع ...
	لا يفضل على الجار المشتري الجار الشفيع ولو كانت
٦١٩	الشفعة تمود على هذا بمنزلة أكبر ...
	لا يفضل صاحب الطبقة على الجار العادي إذا كان
٦٢٠	هذا مشترياً ...
٦٢١	المبحث الثاني - كيفية الأخذ بالشفعة ...
٦٢١	المطلب الأول - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ...
٦٢٢	الشفعة بالتراضي ..
٦٢٣	الشفعة بالتقاضي :
٦٢٣	الإنذار الرسمى بوقوع البيع :
	افتتاح إجراءات الشفعة بالإنذار الرسمى بوجهه المشتري
١٢٥	أو البائع إلى الشفيع ...
٦٢٥	الإنذار يجب أن يكون رسمياً على يد محضر ...
٦٢٥	البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار ...
٦٢٧	إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة :
٦٢٨	إعلان الرغبة بوجه إلى كل من المشتري والبائع ...
٦٢٩	إعلان الرغبة يجب أن يكون رسمياً على يد محضر ...
٦٣١	إعلان الرغبة لإرادة منفردة صادرة من الشفيع ...
٦٣٢	الاستغناء عن إعلان الرغبة برفع دعوى الشفعة رأساً ...
٦٣٣	مبدأ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :
٦٣٤	أولاً - إنذار الشفيع بوقوع البيع :
٦٣٤	خمس عشرة يوماً من تاريخ وصول الإنذار إلى الشفيع

صفحة

٦٣٤	لا يمتد بعل الشفع بوقوع البيع
٦٣٧	حساب ميعاد الخمسة عشر يوماً
٦٣٩	زيادة ميعاد المسافة
٦٤٠	الميعاد ليس مدة تقادم بل مدة سقوط
٦٤١	ثانياً - لم ينلر الشفع ولكن سجل عقد البيع :
٦٤٢	أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع
٦٤٣	ميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لاميعاد تقادم
٦٤٣	حساب ميعاد الأربعة الأشهر
	حالة أخرى لسقوط حق الشفعة حلقها لجنة مجلس
٦٤٥	الشيوخ - سنة من وقت وضع المشتري يده
٦٤٦	ثالثاً - لم ينلر الشفع ولم يسجل عقد البيع :
	سقوط حق الشفع بالتقادم المسقط - خمس عشرة
٦٤٦	سنة
٦٤٦	تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :
٦٤٧	تسجيل إعلان الأخذ بالشفعة يحل هذا الإعلان حبة على النير
٦٤٧	ليس هناك ميعاد لتسجيل الإعلان
	تسجيل الإعلان قبل صدور البيع الثاني يحل البيع الأول
٦٤٧	جائزاً الأخذ فيه بالشفعة
	المطلب الثاني - إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم
٦٤٨	بشوت الحق فيها
٦٤٨	١٥ - إيداع الثمن خزانة المحكمة
٦٥١	تطور التشريع في شأن إيداع الثمن :
	قانون الشفعة السابق - إظهار الشفع استعادته لنفع الثمن
٦٥٢	والملاحقات
٦٥٣	المشروع التمهيدى لتقنين المدني الجديد- إيداع الشفع ثلث الثمن
٦٥٤	المشروع النهائي لتقنين المدني الجديد- إيداع الشفع كل الثمن
	المشروع أمام مجلس النواب - عريضة دعوى الشفعة تكون
٦٥٤	مصحوبة بكل الثمن
	التقنين المدني الجديد - إيداع كل الثمن الحقيقى خزانة المحكمة
٦٥٤	قبل رفع دعوى الشفعة
٦٥٥	وقت إيداع الثمن ومكانه :
٦٥٥	المكان خزانة المحكمة الكائن في دائرتها المقار المشفوع فيه

صفحة

١٥٥	الوقت ثلاثون يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة
١٥٦	يجب أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة
١٥٧	ما الذي يجب إيداعه
١٥٧	كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع
	إيداع الثمن المذكور في عقد البيع ثم إثبات أنه أكبر من
١٥٨	الثمن الحقيقي
	إثبات البائع أو المشتري أن الثمن المذكور في عقد البيع أقل
١٥٩	من الثمن الحقيقي
	إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ولو كان أقل من
١٦٠	الثمن المذكور في عقد البيع
	يكفي مجرد الاستناد لنفع الثمن وملحقاته إذا رفعت دعوى
١٦٢	الشفعة في الوقت الذي كان قانون الشفعة السابق معمولاً به
	إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلاً أو لم يدفع المشتري إلا جزءاً
١٦٢	منه فقط :
١٦٤	التفيع لا يستفيد من تأجيل الثمن أو تقسيطه بالنسبة إلى المشتري
١٦٥	ملبقات الثمن :
١٦٦	ليس واجباً إيداع ملبقات الثمن
١٦٧	المصرفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والنقاس :
١٦٧	ليست واجبة الإيداع من باب أولى
١٦٨	الجزاء على عدم إيداع الثمن في المهاد القانوني :
١٦٨	مفروض حق التفيع
	٢٥ - رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها
١٧١	الخصوم في دعوى الشفعة :
١٧١	المدعى هو التفيع
١٧١	المدعى عليه هو كل من المشتري والبائع
١٧٤	الحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة :
١٧٤	الاختصاص المحل - المحكمة الكائن بدائرتها المقار المشفوع فيه
	الاختصاص النوعي - المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً
١٧٥	لمقدار الثمن المذكور في عقد البيع
١٧٥	رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة
١٧٧	رفع الدعوى وقيدها في المهاد القانوني :
١٧٧	المهاد القانوني هو ثلاثون يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة

- أعمال ثلاثة يجب أن تتم في هذا الميعاد : إيداع الثمن ورفع
 ٦٧٨ دعوى الشفعة وقيد الدعوى
 القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات :
 ٦٨٠ قيد الدعوى يسبق رفعها
 للجمع بين أحكام التقنين المدني والأحكام الجديدة في تقنين
 المرافعات
 ٦٨١ حساب ميعاد الثلاثين يوماً
 ٦٨٢ ميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط
 ٦٨٤ عدم رفع الدعوى وقيداً في الميعاد القانوني يسقط حق الشفع
 ٦٨٤ الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة :
 ٦٨٥ قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢
 القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ : دعوى الشفعة أصبحت
 ٦٨٦ كثيراً من الدعاوى مع توصية بسرعة الفصل فيها ..
 المحصور في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن
 فيه بالنقض :
 ٦٨٨ الاستئناف - لابد من خصوم ثلاثة هم الشفع والمشتري والبائع
 ٦٨٨ إعلان المشتري أو البائع في الميعاد القانوني وإعلان الآخر بعد
 فوات الميعاد
 ٦٩١ النقص - لابد من اختصاص الشفع والمشتري والبائع ...
 ٦٩٣ إعلان بعض المطعون عليهم في الميعاد القانوني وإعلان الآخرين
 بعد فوات الميعاد
 ٦٩٤ الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله :
 ٦٩٥ الحكم هو سند ملكية الشفع
 رأي محكمة النقض من أن السند هو السبب القانوني المنشئ
 ٦٩٦ لحق الملكية
 ٦٩٦ تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة ..
 ٦٩٨ المبحث الثالث - آثار الأخذ بالشفعة
 ٧٠٠ المطلب الأول - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ...
 ٧٠١ الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي سبب لحلول الشفع على المشتري
 ٧٠١ فانتقال الملكية إليه دون المشتري :
 التراضي أو التقاضي هو الدليل على أن الشفعة قد استكملت
 ٧٠٢ عناصرها

صفحة

٧٠٢	متى استكملت الشفعة عناصرها فقد حل الشفع محل المشتري وانتقلت إليه الملكية ..
٧٠٣	متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ومتى يحل الشفع محل المشتري ...
٧٠٤	لا خلاف في أن للملكية لا تنتقل إلى الشفع إلا بتسجيل سند
٧٠٥	اختلاف الآراء في وقت حلول الشفع محل المشتري :
٧٠٥	وقت تمام البيع المشفوع فيه ...
٧٠٦	وقت إعلان طلب الشفعة ..
٧٠٦	وقت رفع دعوى الشفعة .
٧٠٦	وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة ...
٧٠٧	رأى محكمة النقض - وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة لأن هذا الحكم منشؤه الحق الشفع :
٧٠٨	بيع العقار المشفوع فيه من حق المشتري من المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ..
٧٠٩	عدم حلول محكمة النقض من هذا المبدأ حتى بعد صدور التفتين البتيد ووجوب إيداع الشفع كل الثمن ...
٧١٠	الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في القول بأن الحكم بالشفعة منشؤه الحق الشفع :
٧١١	الحجة الرئيسية أن الحكم سند ملكية الشفع أي السبب لقانون الملكية الشفع ...
٧١٢	رد المحكمة على الاعتراضات التي وجهت إلى ما ذهبت إليه من رأى :
٧١٢	أولاً - تقييد حق المشتري في البناء والتراخيص والتصرفات
٧١٤	ثانياً - حلول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته
٧١٥	ثالثاً - رجوع الشفع مباشرة على البائع ببيان الاستحقاق
٧١٦	رابعاً - الحق في الشفعة بمثل الحق في الاسترداد .
٧١٦	خامساً - الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها .
٧١٦	سادساً - أحكام الفقه الإسلامي ..
٧١٧	سابعاً - إيداع الشفع لكل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة
٧١٨	نظرة تقديرية للجمع التي استندت إليها محكمة النقض :
٧١٩	الرد على الحجة الرئيسية : لكلمة « السند » معنيان مخطفان
٧١٩	ليست حجة الأمر المقضي أحدهما ...
٧١٩	« السند » بمعنى السبب القانوني المنشؤه للحق ..

صفحة

٧٢٠	« السند » بمعنى الدليل المكتوب
٧٢٤	رجوع الشفع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق معناه
٧٢٤	أن المشتري قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محل الشفع
٧٢٦	لا يختفى المشتري من الصفقة منذ البداية إلا إذا استبعدنا أن
٧٢٦	حكم الشفعة منشئ لا كاشف .
٧٢٦	حكم الشفعة إذن كسائر الأحكام كاشف لا منشئ والسند هنا .
٧٢٦	معناه الدليل المكتوب .
٧٢٦	وحلول الشفع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ
٧٢٦	صنوع الحكم .
٧٢٧	موقف الفقه الإسلامي من المسألة :
٧٢٨	في المذهب الحنفي خلاف ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن قضاء
٧٢٨	القاضي لا يكون منشئاً لحق الشفع ..
٧٢٨	في المذاهب الثلاثة الأخرى قضاء القاضي لا يكون منشئاً لحق
٧٣٠	الشفع
٧٣٠	حلول الشفع محل المشتري من وقت البيع هو الذي يتفق مع
٧٣٠	طبيعة الشفعة ومع الحلول السلية فيها :
٧٣١	التكييف القانوني لطبيعة الشفعة
٧٣١	الحلول السلية : رجوع الشفع مباشرة على البائع وحده
٧٣٢	بجميع التزامات البائع
٧٣٢	الأعمال التحضيرية
٧٣٦	المذكرة الإيضاحية
٧٣٧	الأهمية السلية لرأى محكمة النقض تكاد تكون محصورة في
٧٣٧	مسألة الثمار :
٧٣٧	الحلول السلية فيما عدا مسألة الثمار وردت فيها نصوص صريحة
٧٣٨	المطلب الثاني — علاقة الشفع بالبائع وبالمشتري وبالغير...
٧٣٨	١٩ — علاقة الشفع بالبائع
٧٤٠	التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفع
٧٤٠	تسجيل سند الشفع
٧٤١	جواز تصرف الشفع في العقار المشفوع فيه
٧٤١	التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفع — تبعه الهلاك
٧٤٢	قبل التسليم :
٧٤٣	سريان أحكام تسليم المبيع
٧٤٣	تبعه هلاك العقار قبل التسليم على البائع لا على الشفع

صفحة

٧٤٥	التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع :
٧٤٦	ضمان البائع لتعرضه
٧٤٨	ضمان البائع التعرض الصادر من الغير
٧٤٩	ضمان الاستحقاق
٧٥١	التزام البائع بضمان العيوب الخفية للشفيع :
٧٥١	سريان أحكام التزام البائع بضمان العيوب الخفية للمشتري
٧٥٣	التزام الشفيع بدفع الثمن البائع - الثمن المؤجل - النوائد :
٧٥٣	الثمن مودع خزنة المحكمة
	لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء
٧٥٤	البائع
٧٥٥	استحقاق البائع للقوائد
٧٥٧	للمشتري ثمرات المبيع وعليه تكاليفه وذلك من وقت تمام البيع
٧٥٨	التزام الشفيع بتسلم المقار المبيع :
٧٥٨	سريان أحكام التزام المشتري بتسلم البيع
٧٥٨	نفقات التسليم على البائع ونفقات التسليم على الشفيع ...
٧٥٩	٢ § - علاقة الشفيع بالمشتري
	حق المشتري في استرداد الثمن من الشفيع واسترداد مصروفات
٧٦١	البيع :
	التزام الشفيع بدفع الثمن وقوائده للمشتري طبقاً لقواعد
٧٦٢	الإثراء بلا سبب - علم الفسخ وحق التنفيذ والحق في الحبس
	استرداد المشتري من الشفيع مصروفات البيع طبقاً لقواعد
٧٦٣	الإثراء بلا سبب - حق التنفيذ والحق في الحبس
	حق المشتري في التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات
٧٦٣	النافعة :
٧٦٤	استرداد المشتري المصروفات للضرورة بأكملها من الشفيع
٧٦٤	سريان أحكام الالتصاق على المصروفات للنافعة :
٧٦٥	حق المشتري في التعويض عن البناء والغراس :
٧٦٦	قبل إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	بعد إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	حق الشفيع في تسليم المقار المبيع من المشتري - تبعة الملاك :
٧٦٧	سريان أحكام تسليم البائع للمقار المبيع
٧٦٨	على من تقع تبعة الملاك :
٧٦٨	الرأي السائد في الفقه أن تبعة الملاك على المشتري

- ٧٦٨ ... ما يؤخذ على هذا الرأي ...
الأول اعتبار المشتري حائزاً حسن النية قبل إعلانه بطلب
٧٦٩ ... الشفعة وسمي النية بعد إعلانه بهذا الطلب ..
٧٧٠ ... حق الشفع في استرداد ثمار العقار المبيع من المشتري :
رأى محكمة النقض - استحقاق الشفع لثمار من وقت
٧٧١ ... تسجيل سنده ..
الرأي المخالف - المشتري حائز حسن النية إلى وقت إعلانه
بطلب الشفعة فيملك الثمار وحائز سمي النية بعد ذلك فيرد
٧٧٢ ... الثمار للشفع - اعتبار ان بهضاً بهذا الرأي ..
٣٩ - علاقة الشفع بالغير ...
٧٧٥ ... الحقوق المبنية التي ترتبت على المقار المشفوع فيه من جانب
البائع قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة :
٧٧٦ ... سريان هذه الحقوق التي شملت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ...
٧٧٦ ... الحقوق المبنية التي ترتبت على المقار المشفوع فيه من جانب
البائع بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة :
٧٧٧ ... عدم سريان هذه الحقوق التي لم تشتر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ...
٧٧٨ ... الحقوق المبنية التي ترتبت على المقار المشفوع فيه من جانب
المشتري قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة :
٧٧٩ ... سريان هذه الحقوق التي شملت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ...
٧٧٩ ... الحقوق المبنية التي ترتبت على المقار المشفوع فيه من جانب
المشتري بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة :
٧٨١ ... عدم سريان هذه الحقوق التي لم تشتر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ...
٧٨١ ...

الفصل الرابع

الحيازة

تمهيد

- ١٨٢ ... التعريف بالحيازة وتكييفها القانوني ...
٧٨٢ ... التعريف بالحيازة : ...
٧٨٤ ... حيازة حق الملكية - حيازة الحقوق الأخرى ...

صفحة

٧٨٥	التكليف القانوني للحيازة :
	الحيازة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق
٧٨٥	أصلاً
	الحيازة سبب لكسب الحق : واقعته مادية بسيطة من شأنها
٧٨٥	أن تحدث آثاراً قانونية
٧٨٦	تطور الحيازة لتتطابق على جميع الحقوق
٧٨٦	الحيازة في القانون الروماني - الحيازة وشبه الحيازة
٧٨٦	بقاء هذا التمييز في القانون الفرنسي القديم
٧٨٧	تطور الحيازة في التقنين المدني الفرنسي :
٧٨٧	القضاء على هذا التمييز
	أموال غير خاضعة للحيازة : الحقوق الشخصية والأموال
٧٨٧	العامة والمجموع من المال
٧٨٨	تطور الحيازة في التقنينات الحرمانية :
٧٨٨	تأثير هذه التقنينات بالنظرية المادية للحيازة
٧٨٨	مد الحيازة لتشمل الحقوق الشخصية
٧٨٩	ما استحدثه التقنين المدني الجديد في موضوع الحيازة :
٧٨٩	إيراد الأحكام العامة للحيازة في نصوص مستحقة
٧٨٩	وضع الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية
٧٨٩	تقسيم الموضوع :
٧٨٩	الفرع الأول - الحيازة بوجه عام
٧٨٩	الفرع الثاني - الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية
٧٨٩	الفرع الأول - الحيازة بوجه عام
٧٩١	لمبحث الأول - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها
	للمطلب الأول - كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة
٧٩١	بسوء نية
٧٩١	§ ١ - عناصر الحيازة
٧٩١	(١) للعنصر المادي - السيطرة المادية
٧٩٢	كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداء :
٧٩٢	عدم انتقال السيطرة المادية من الغير
	لا يمكن التمكن من الاستحواذ بل لا بد من
٧٩٣	الاستحواذ الفعل
٧٩٣	كيف تتحقق السيطرة المادية انتقالاً من الغير :

صفحة

٧٩٣	انتقال السيطرة المادية من شخص إلى آخر
٧٩٣	يكنى الممكن من الاستحواذ
٧٩٤	السيطرة المادية بواسطة الغير :
٧٩٥	الوسيط ليس بحائز
٧٩٥	أمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة ..
٧٩٧	الوسيط والحائز العرضي
٧٩٧	السيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض
٧٩٨	السيطرة المادية على الشيوع :
	الحائز على الشيوع يقصد استئصال الحق شائناً مع غيره
٧٩٩	لا خالصاً لنفسه
	الحيازة على الشيوع لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق
٧٩٩	مع هذا الشيوع
٨٠١	حيازة شخصين لشيء واحد
٨٠١	استبقاء السيطرة المادية
	استبقاء السيطرة المادية على المنقول ما دام المنقول
٨٠١	باقياً في حوزة الشخص
	استبقاء السيطرة المادية على العقار حتى لو انقطع
	الشخص عن استئصال العقار ما دام محتفظاً
٨٠١	بالنصر المنوى
	السيطرة المادية بالوساطة تبقى حتى لو تجرد الوسيط
	عن الحيازة ما دام أجنبي لم يستول على السيطرة
٨٠٢	المادية
	تبقى الحيازة مع فقد عنصرها ما دام النائب عن الحائز
٨٠	ناب عنه في استبقاء المنصرين في وقت منقول ...
٨٠٣	(ب) الناصر المنوى - القصد
٨٠٣	كيف يتحقق عنصر القصد
٨٠٣	النظرية الشخصية في عنصر القصد :
٨٠٣	قصد الحائز استئصال الحق لحساب نفسه
٨٠٤	وجوب توافر عنصر القصد في القانون الفرنسي القديم
	انتقال عنصر القصد من القانون الفرنسي القديم إلى التقنين
٨٠٥	المدن الفرلسي
٨٠٥	النظرية الشخصية تحت اسم سالفين

صفحة	
٨٠٦	النظرية المادية في عنصر القصد :
٨٠٦	القصد هو نية الحائز القيام بالأعمال المادية لتحقيق سيطرته فالأعمال المادية لتحقيق السيطرة يجب أن تكون أعمالاً
٨٠٦	إرادية قصدية
	الحائز لحساب غيره يعتبر حائزاً إذا لم يكن مجرد تابع
٨٠٧	وكان يتمتع بشئ من حرية التصرف
	خاية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة حيث لا تحميه
٨٠٧	النظرية الشخصية
٨٠٧	اشتهار النظرية المادية تحت اسم إهرنج
	موقف التقنين المدني المصري الجديد من النظريتين الشخصية
٨٠٨	والمادية
٨٠٩	المشروع التمهيدى لتقنين المدني الجديد :
٨٠٩	أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية
	ولكنه استمر من النظرية المادية أهم نتائجها - مد
٨١١	الحيازة إلى الحقوق الشخصية
٨١٢	التقنين المدني الجديد :
	أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية فأوجب توافر للعنصر
٨١٢	المعنوي
٨١٤	مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية متأثراً بالنظرية المادية
	ميز بين مجرد الإحراز كما في إحراز التابع وبين
٨١٤	الحيازة ولو لحساب الغير
	حي حيازة المستأجر بدعاوى الحيازة متأثراً بالنظرية
٨١٥	المادية
	ولو أن لتقنين المدني الجديد أخذ من حيث فليبدأ
	بالنظرية الشخصية إلا أنه تأثر كثيراً بالنظرية
٨١٥	المادية
	انتفاء عنصر القصد في إتيان الرخصة من المباحات وفي أعمال
٨١٦	التسامح
٨١٦	إتيان الرخصة من المباحات :
٨١٧	مجرد رخصة فلا يتوافر فيها عناصر الحيازة
	أمثلة على إتيان الرخصة - فتح منور وفتح مطل
٨١٧	مستوف لقب الماسة
٨١٩	الرخصة لا تسقط بالتقادم

- أعمال التسامح : ٨٢٠
أعمال التسامح يتوافر فيها العنصر المادى ولكن
- ٨٢٠ لا يتوافر فيها للعنصر المعنوى...
أمثلة على أعمال التسامح - مرور على سبيل التسامح
- ٨٢١
وفتح مظل على أرض قضاء على سبيل التسامح...
انقلاب إتيان الرخصة أو أعمال التسامح إلى أعمال
- ٨٢٣
حيازة صحيحة
عنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصياً فلا تجوز
- ٨٢٣
النيابة فيه :
عنصر للقصد بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرة
- ٨٢٤
بالواسطة
ولكن إذا كان الحائز عديم التمييز جاز أن يكون عنصر
- ٨٢٥
القصد موجوداً عند فائده
الحيازة المرغوبة أو الحيازة لحساب الغير : ٨٢٥
- ٨٢٥
الفريق الأول - الحائز للمرضى الذى يتزل من الحائز
- ٨٢٦
الأصل منزلة التابع من المتبوع
الفريق الثانى - الحائز للمرضى الذى يحوز لحساب غيره
- ٨٢٧
ولكن لا يعتبر تابلاً بل يبقى له شيء من حرية التصرف
- ٨٢٩
أحكام الحيازة المرغوبة :
الحيازة المرغوبة لا تحمى بدعاوى الحيازة فيما عدا دعوى
- ٨٣٠
استرداد الحيازة
- ٨٣٠
الحيازة المرغوبة لا تكسب ملكية العين بالتقادم..
تنتقل الحيازة المرغوبة دون أن تتغير صفاتها من المورث
- ٨٣٢
إلى الوراث
الحيازة المرغوبة لا تفترض بل يفترض فى الحائز أنه يحوز
- ٨٣٣
لحساب نفسه حيازة أصيلة
الحيازة المرغوبة لا تفترض بل يفترض فى الحائز لحساب
- ٨٣٣
نفسه حيازة أصيلة
- ٨٣٤
تغير صفة الحيازة المرغوبة وتحولها إلى حيازة أصيلة :
فعل يصدر من الغير - تصرف قانونى ناقل للملكية
- ٨٣٦
يتلقاه الحائز المرضى من الغير .
- ٨٣٨
فعل يصدر من الحائز المرضى يعارض به حق المالك

صفحة

٢٩ - عيوب الحيابة	٨٤٠
الميب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع	٨٤٢
معنى عدم استمرار الحيابة أو تقطعها	٨٤٢
انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشيء	٨٤٣
عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيابة من مسائل الواقع	
التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض	٨٤٤
عيب عدم الاستمرار عيب مطلق لكل ذى مصلحة أن يتمسك	
به - زوال هذا الميب	٨٤٥
التمييز بين عدم استمرار الحيابة أو تقطعها وبين انقطاع	
التقادم	٨٤٦
الميب الثانى - الخفاء أو عدم العلانية	٨٤٨
معنى الخفاء أو عدم العلانية	٨٤٨
عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبى لا يكون له أثر إلا	
قبل من أخفيت عنه الحيابة	٨٥٠
زوال عيب الخفاء بظهور الحيابة	٨٥١
الميب الثالث - الإكراه أو عدم الهدوء	٨٥٢
معنى الإكراه أو عدم الهدوء	٨٥٢
عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبى لا يكون له أثر إلا	
قبل من وقع عليه الإكراه	٨٥٤
زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه	٨٥٥
الميب الرابع - النموض أو اللبس	٨٥٦
معنى النموض أو اللبس	٨٥٦
عيب النموض أو اللبس عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل	
من اللبس عليه الأمر	٨٥٩
زوال عيب النموض بانتفاء اللبس	٨٦٠
٣٠ - الحيابة بحسن نية والحيابة بسوء نية	٨٦١
أهمية التمييز بين حسن نية وسوء نية فى الحيابة	٨٦٣
متى يعتبر الحائز حسن نية	٨٦٤
حسن نية يفترض دائماً	٨٦٦
متى يعتبر الحائز سوء نية	٨٦٧
إثبات سوء نية فى الحيابة	٨٦٩
متى يعتبر الحائز سوء نية ولو كان يعتقد أنه له حق فى الحيابة	٨٧٠

صفحة

٨٧٢	احتفاظ الحيابة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس...
٨٧٣	صفة الحيابة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص ...
٨٧٣	المطلب الثاني — انتقال الحيابة وزوالها
٨٧٣	§ ١ — انتقال الحيابة
٨٧٦	تحديد معنى انتقال الحيابة من حاتر إلى حاتر آخر
٨٧٧	(أ) انتقال الحيابة إلى خلف عام
٨٧٧	كيف تنتقل الحيابة إلى خلف عام
٨٧٨	بأية صفة تنتقل الحيابة إلى الخلف العام
٨٨١	ضم مدة حيابة السلف إلى مدة حيابة الخلف العام
٨٨٣	(ب) انتقال الحيابة إلى خلف خاص
٨٨٣	كيف تنتقل الحيابة إلى خلف خاص
٨٨٤	انتقال الحيابة انتقالاً مادياً بالتسليم الفعلي
٨٨٦	انتقال الحيابة انتقالاً معنوياً بالتسليم الحكيم
٨٨٨	انتقال الحيابة انتقالاً رمزياً عن طريق التمكن
٨٩٠	صفات الحيابة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص
٨٩٣	ضم مدة حيابة السلف إلى مدة حيابة الخلف الخاص
٨٩٧	§ ٢ — زوال الحيابة
٨٩٨	زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى والمعنوى
٨٩٩	زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى وحده
٩٠٢	زوال الحيابة بفقد عنصرها المعنوى وحده
٩٠٣	المبحث الثاني — حماية الحيابة في ذاتها والعلاقة بين الحيابة والمالكية
٩٠٣	المطلب الثاني — حماية الحيابة في ذاتها — دعاوى الحيابة الثلاث
٩٠٣	خصائص دعاوى الحيابة :
٩٠٤	أولاً — دعاوى الحيابة تحمى الحيابة في ذاتها
	ثانياً — دعاوى الحيابة تحمى حيابة العقار دون حيابة
٩٠٤	المنقول
٩٠٦	ثالثاً — دعاوى الحيابة تحمل طابع الاستعجال
٩٠٨	الأصل التاريخى لدعاوى الحيابة
٩٠٩	التمييز بين دعاوى الحيابة الثلاث ومكانها في التشريع المصرى
٩١٠	§ ١ — دعوى استرداد الحيابة
٩١٣	المدعى في دعوى استرداد الحيابة
٩١٦	المدعى عليه في دعوى استرداد الحيابة

صفحة

٩١٨	المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة
٩٢٠	ما يحكم به في دعوى استرداد الحيازة - أحوال أربع
٩٢٠	الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة
	الحالة الثانية - حيازة المدعى لم تقدم سنة كاملة ولكن الحيازة
٩٢١	انتزعت بالقوة
	الحالة الثالثة - حيازة المدعى لم تقدم سنة كاملة ولم تنتزع
	بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق
٩٢٢	بالتفضيل
	الحالة الرابعة - حيازة المدعى لم تقدم سنة كاملة ولم تنتزع
	بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق
٩٢٣	بالتفضيل
٩٢٤	التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة
٩٢٦	§ ٢ - دعوى منع التعرض
٩٢٧	المدعى في دعوى منع التعرض
٩٣١	المدعى عليه في دعوى منع التعرض
٩٣١	تعديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه
٩٣٤	التعرض المادي والتعرض القائم على تصرف قانوني
٩٣٥	التعرض الناجم عن الأشغال العامة
٩٣٦	التعرض الناشئ عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة
	عدم جواز الاتجاه لدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما
٩٣٧	بين المدعى والمدعى عليه
٩٣٨	رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير
٩٣٩	المدة التي ترفع في خلالها دعوى منع التعرض
٩٤١	ما يحكم به في دعوى منع التعرض
٩٤٣	§ ٣ - دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٤	المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٥	المدعى عليه في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٧	المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٧	ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٥٠	المطلب الثاني - العلاقة بين الحيازة والملكية
٩٥٠	§ ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية
٩٥٠	المقابلة ما بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية

إثبات الحيازة	٩٥١
إثبات الملكية	٩٥٣
عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية :	٩٥٦
القاعدة تلزم المدعى	٩٥٧
القاعدة تلزم المدعى عليه	٩٦١
القاعدة تلزم القاضى	٩٦٣
عدم حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى الملكية..	٩٦٨
§ ٢ - العلاقة ما بين الحائز والمالك	٩٦٨
ظهور أن الحائز غير مالك.	٩٦٨
(أ) استرداد المصروفات	٩٦٩
المصروفات الضرورية ترد بأكملها	٩٧١
المصروفات النافعة تسرى فى شأنها أحكام الالتصاق..	٩٧٢
المصروفات الكالية لا ترد	٩٧٣
رد المصروفات إلى خلف الحائز...	٩٧٤
التيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات	٩٧٤
(ب) مسئولية الحائز عن هلاك العين أو تلفها	٩٧٦
مسئولية الحائز حسن النية	٩٧٨
مسئولية الحائز سوء النية	٩٨٠
الفرع الثانى - الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية	٩٨٣
متى تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية	٩٨٣
التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية...	٩٨٣
المبحث الأول - الحيازة بسوء نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية -	
التقادم المكسب الطويل	٩٨٤
التقادم المكسب والتقادم المقسط والفرق بينهما..	٩٨٤
القواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المقسط	٩٨٥
الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب	٩٨٧
لمحة تاريخية	٩٨٩
تقسيم الموضوع : كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل - أعمال	
التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه	٩٩٢
المطلب الأول - كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل	٩٩٢
§ ١ - الحقوق التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل	٩٩٢

صفحة

الحقوق العينية وحدها دون الحقوق الشخصية هي التي يمكن	
تملكها بالتقادم	٩٩٤
وجوب أن يكون الحق المتيقن قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة :	٩٩٦
الأموال العامة (الدين العام)	٩٩٨
الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام (الدومين	
الخاص)	٩٩٩
الوقف	١٠٠٢
حق الإرث	١٠٠٧
خضوع الحق الذي يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لمنصرمها	
وخالية من العيوب	١٠١٠
§ ٢ - مدة التقادم المكسب الطويل	١٠١٢
مقدار مدة التقادم المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز	
الاتفاق على تعديلها	١٠١٣
كيفية حساب مدة التقادم	١٠١٥
بدء سريان مدة التقادم :	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقررة	
بأجل واقف	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية	١٠١٩
للقرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها ..	١٠٢٠
ضم المدد في حالة تعاقب الحائزين	١٠٢٤
§ ٣ - وقف التقادم المكسب وانقطاعه	١٠٢٧
١ - وقف التقادم المكسب :	١٠٢٧
يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته متى وجد سبب لوقفه ...	١٠٢٧
القاعدة العامة في وقت التقادم - القاعدة التقليدية وتفضي	
بوقف التقادم حيث يتعذر قطع سريانه	١٠٢٨
موقف الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التقليدية :	١٠٢٩
موقف الفقه الفرنسي	١٠٣٠
موقف القضاء الفرنسي	١٠٣١
موقف التقنين المدني المصري الجديد من القاعدة التقليدية ...	١٠٣٢
أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص	١٠٣٥
أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية	١٠٣٧
الأثر الذي يترتب على وقف التقادم	١٠٣٨

صفحة

ب - انقطاع التقادم المكسب	١٠٣٩
أسباب انقطاع التقادم المكسب	١٠٣٩
السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية	١٠٤٠
رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة	١٠٤٤
بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورقص الدعوى	١٠٤٦
ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية	١٠٤٨
السبب الثاني لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق المالك	١٠٥٠
الإقرار الصريح والإقرار الضمني	١٠٥٢
إثبات الإقرار	١٠٥٣
ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق المالك	١٠٥٣
السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب - تخل الحائز عن الحيابة أو فقد إياها :	١٠٥٤
انفراد التقادم المكسب دون التقادم المسقط بهذا السبب	١٠٥٥
زوال الحيابة بالتخل عنها أو بفقد عنصرها أو أحدهما	١٠٥٦
انقطاع التقادم لهذا السبب له أثر مطلق فيستفيد منه كل من مصلحة	١٠٥٧
ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخل الحائز عن الحيابة أو فقد إياها	١٠٥٧
المطلب الثاني - أعمال التقادم المكسب والآثار التي تترتب عليه	١٠٥٩
١٥ - أعمال التقادم المكسب - التمسك به والنزول عنه	١٠٥٩
١ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب والرفع بالتقادم ..	١٠٥٩
قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب	١٠٥٩
لاتقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به	١٠٦٠
يتسك بالتقادم المكسب الحائز وكل من مصلحة	١٠٦٢
يجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى	١٠٦٣
ب - النزول عن التقادم المكسب	١٠٦٤
قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب	١٠٦٤
علم جواز النزول عن التقادم المكسب مطلقاً قبل ثبوت الحق فيه	١٠٦٥

صفحة

١٠٦٦	جواز التزول من التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه ...
١٠٧٠	جواز التزول من المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل
١٠٧٠	٢٨ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب ...
١٠٧٠	التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ...
١٠٧٠	التقادم المكسب ليس مجرد قرينة بل هو سبب مباشر لكسب الملكية
١٠٧٠	الحائز يكسب الملكية بالتقادم عن طريق النفع أو عن طريق الدعوى
١٠٧٢	التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي : ...
١٠٧٢	الحائز الذي يملك المين بالتقادم لا يرد ثمارها حتى لو لم يكسبها بالقبض أو بالتقادم ..
١٠٧٢	ما يرتبه المالك في خلال مدة التقادم من حقوق هيبة لا يسرى في حق الحائز .
١٠٧٤	ما يرتبه الحائز في خلال مدة التقادم من حقوق هيبة يصبح نافذاً باتاً
١٠٧٥	تختلف التزام طيبي عن التقادم المكسب ..
١٠٧٦	آثار هذا الالتزام الطيبي ...
١٠٧٧	المبحث الثاني - الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية
١٠٧٧	المطلب الأول - كسب ملكية العقار - التقادم المكسب القصير ...
١٠٨٠	القواعد التي يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم المكسب الطويل ...
١٠٨٢	لقواعد التي يتفرد بها التقادم المكسب القصير ...
١٠٨٤	١٩ - السبب الصحيح ...
١٠٨٤	تحديد معنى السبب الصحيح : ...
١٠٨٤	تصرف قانوني ناقل للملكية صادر من غير مالك ...
١٠٨٧	تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني قابل لأن يكسب التقادم إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ..
١٠٨٨	مست المتصرف الذي استند إليه في تصرفه الحائز لا أهمية له ...
١٠٨٨	ما يعتبر سبباً صحيحاً ...
١٠٨٨	عقد البيع ...
١٠٨٩	عقد المقايضة ..
١٠٨٩	عقد الهبة ...

١٠٨٩	الوصية بعقار معين بالذات ...
١٠٨٩	رسو مزاد العقار المحجوز عليه ...
١٠٩٠	الوفاء بمقابل ...
١٠٩٠	تقديم الشريك عقاراً حصة له في الشركة ...
١٠٩١	مالاً يعتبر سبباً صحيحاً : ...
١٠٩١	الميراث في عقار معين بالذات ...
					الإيجار والعمارة والحراسة والوديعة والوكالة وغيرها من
١٠٩٢	العقود التي لا تنقل الملكية ...
١٠٩٢	القصة الاختيارية ...
١٠٩٣	الصلح ...
١٠٩٣	الحكم القضائي ...
١٠٩٤	قروض مختلفة في السبب الصحيح : ...
١٠٩٥	التصرف لقانون الباطل ...
١٠٩٧	التصرف لقانون القابل للإبطال ...
١٠٩٨	التصرف لقانون المطلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ
١١٠٠	التصرف لقانون الظني ...
١١٠١	التصرف لقانون غير المسجل ...
					السبب الصحيح شرط مستقل عن حسن النية ويقع عبء إثباته
١١٠٤	على الحائز
١١٠٥	٢+ - حسن النية ...
١١٠٥	تحديد معنى حسن النية : ...
١١٠٥	الحائز يعتقد أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه
١١٠٦	الغلط في الواقع والغلط في القانون
١١٠٧	علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفي حسن النية : ...
					علم الحائز بأن سند المتصرف باطل أو قابل للإبطال أو قابل
١١٠٧	للفسخ
					علم الحائز بأن سند المتصرف معلق على شرط فاسخ أو على
١١٠٨	شرط واقف
١١٠٨	علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفي حسن النية : ...
١١٠٨	كون السبب الصحيح صادراً من غير مالك يجب ألا يعلم به الحائز
					التصرف الذي لا وجود له كالتصرف الباطل والتصرف الظني
١١٠٨	والتصرف الصوري يتعلم منه السبب الصحيح ...
١١٠٨	علم الحائز بالعيوب الأخرى لا ينفي حسن النية ...

صفحة	
١١٠٨	الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية :
	الوقت الذي يطلق فيه الحائز الحق من غير صاحبه - وقت
١١١٠	تسجيل البيع
١١١١	لا يشترط بقاء حسن النية بعد هذا الوقت
١١١١	لا يشترط بقاء حسن النية وقت الحيازة
١١١٢	إثبات حسن النية :
١١١٣	حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس
١١١٣	لمالك الحقيقي أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات
	المطلب الثاني - كسب ملكية المنقول - الحيازة في المنقول سند الملكية .
١١١٤
	تملك المنقول بالحيازة أمر يقتضيه سرعة التعامل في المنقول
١١١٦	واستقراره
١١١٧	الأصل التاريخي لقاعدة لملك المنقول بالحيازة
١١٧	القانون الروماني لا يعرف هذه القاعدة
	القانون الفرنسي القديم في عهده الأولى تأثر بالتقاليد
١١١٨	الجرمانية وعرف هذه القاعدة
	القانون الفرنسي القديم منذ القرن الثالث عشر بدأ يتأثر بالقانون
١١١٨	الروماني ولا يعمل بالقاعدة
	رجع القانون الفرنسي القديم إلى التقاليد الجرمانية بعد خمسة
١١١٩	قرون أي في القرن الثامن عشر
١١٢١	حيازة المنقول لها دوران - طريق للإثبات وطريق لكسب الملكية
١١٢١	الدور الأول - حيازة المنقول طريق للإثبات :
١١٢١	التزاع بين حائز المنقول ومالكه الذي نقل حيازته
١١٢٢	تمسك الحائز بالحيازة قرينة على أن الملكية انتقلت إليه
	على مدعى الاستحقاق أن يثبت عدم توافر شروط الحيازة
١١٢٣	ثم يثبت ملكيته
١١٢٥	الدور الثاني - حيازة المنقول سبب لكسب الملكية :
١١٢٥	التزاع بين حائز المنقول وغير المالك
١١٢٥	الحائز حسن نية
١١٢٥	المنقول غير مسروق وغير ضائع
	§ ١ - القاعدة العامة - الحيازة في المنقول سند الملكية
١١٢٦	١ - الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة :

الشرط الأول - المتقول الذى تنطبق عليه القاعدة :	١١٢٦
المتقول المادى يخضع للقاعدة	١١٢٦
المقار بطبيعته والمقار بالتخصيص لا يخضعان للقاعدة	١١٢٨
الحقوق الشخصية لا تخضع للقاعدة	١١٢٩
السند الحامله يخضع للقاعدة	١١٣٠
الحقوق المبنية على المتقول تخضع للقاعدة	١١٣١
الشرط الثانى - الحيازة :	١١٣٣
يجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية	١١٣٣
ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة	١١٣٤
ويجب أن تكون الحيازة خالية من العيوب	١١٣٥
الشرط الثالث - السبب الصحيح :	١١٣٥
السبب الصحيح فى التقنين المدنى المصرى شرط مستقل عن	
شرط حسن النية ..	١١٣٦
السبب الصحيح فى تملك المتقول بالحيازة كالسبب الصحيح	
فى التقادم المكسب القصير فيما عدا أمرين .	١١٣٧
الأمران اللذان يختلف فيهما السبب الصحيح فى تملك المتقول	
بالحيازة عن السبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير :	١١٣٨
لا يسجل السبب الصحيح فى تملك المتقول بالحيازة	١١٣٨
السبب الصحيح يفترض وجوده فى تملك المتقول	
بالحيازة	١١٣٨
الشرط الرابع - حسن النية :	١١٣٩
معنى حسن النية هنا هو معناه فى التقادم المكسب القصير	١١٣٩
الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية هو وقت	
حيازة المتقول لا وقت تلقى الحق	١١٤٠
حسن النية يفترض دائماً ما لم يقر الدليل على العكس	١١٤٢
ب - الآثار التى تترتب على تطبيق القاعدة :	١١٤٣
الآثر المكسب والآثر المسقط	١١٤٣
الآثر المكسب :	١١٤٣
تملك المتقول بالحيازة يحول دون دعوى الاستحقاق	١١٤٤
تملك المتقول بالحيازة يحول دون دعاوى الإبطال أو الفسخ	١١٤٤
تملك المتقول بالحيازة لا يحول دون الدعاوى الشخصية	
الناشئة من عيوب السبب الصحيح .	١١٤٤
الأساس القانونى الذى يقوم عليه الآثر المكسب :	١١٤٥

صفحة	
١١٤٥	نظرية التقادم الفوري
١١٤٦	نظرية القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس النظرية الصحيحة - الحيازة وحدها تكسب حائز
١١٤٩	المنقول ملكيته بحكم القانون
١١٥١	الأثر المسقط :
١١٥١	إسقاط التكاليف والقيود العينية التي تنقل المنقول :
١١٥١	إسقاط رهن الحيازة
١١٥٢	إسقاط حق الانتفاع
	إسقاط الرهن الرسمي المثلل لمقار بالتخصيص أصبح
١١٥٢	منقولا بفصله
١١٥٢	إسقاط حق الامتياز :
١١٥٣	عدم إسقاط شرط المنع من التصرف
١١٥٣	الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المسقط :
١١٥٣	الحيازة وحدها تسقط التكاليف والقيود بحكم القانون

٢٦ - المنقولات المسروقة أو الضائعة ١١٥٥

١١٥٧	من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع :
١١٥٨	صاحب المنقول المسروق - السرقة لا خيانة الأمانتولا النصب
١١٥٩	صاحب المنقول الضائع - معنى الضياع
	الحائز للمنقول وصاحب حق الانتفاع في المنقول وللمرتهن
١١٦٠	رهن حيازة والمودع عنده
١١٦٠	استرداد المنقول المسروق أو الضائع من سرقة أو من عثر عليه
١١٦٠	استرداد المنقول من السارق
١١٦١	استرداد المنقول من عثر عليه
١١٦٢	استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلقاء وهو سوء النية :
١١٦٢	الحائز سوء النية ولم يملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل
	الحائز سوء النية وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل -
١١٦٢	الرجوع حل السارق أو على من عثر على المنقول
١١٦٣	استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلقاء وهو حسن النية :
	مالك المنقول لم يرفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات
١١٦٥	من وقت السرقة أو الضياع
	مالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات
١١٦٦	من وقت السرقة أو الضياع

١١٦٧	حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه : ..	متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع
١١٦٧	أو فى مزاد علنى أو اشتراء ممن يتجر فى مثله .	الحائز اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق صومية
١١٦٩	حتى يستوفى الثمن	وجوب أن يعجل المالك للحائز الثمن الذى دفعه هذا - حق
١١٧٠	المرتهن رهن حيازة لمينقول مسروق أو ضائع	حبس الحائز للمنقول حتى يستوفى الثمن
١١٧١	الرجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية :	المرتهن رهن حيازة لمينقول مسروق أو ضائع
١١٧١	تال ثبت فى جانبه خطأ	رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية :
١١٧١	سارق المنقول يبيعه لحائز حسن النية من حقه أن يطلب	الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز
١١٧١	تسجيل الثمن ويبيعه هذا الحائز لحائز حسن النية ليس من حقه	تال ثبت فى جانبه خطأ
١١٧١	طلب تسجيل الثمن	سارق المنقول يبيعه لحائز حسن النية من حقه أن يطلب
١١٧٣	المطلب الثالث - كسب ملكية الثمار	تسجيل الثمن ويبيعه هذا الحائز لحائز حسن النية ليس من حقه
١١٧٥	١٥ - تملك الحائز للثمار	طلب تسجيل الثمن
١١٧٥	الدعوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين :	المطلب الثالث - كسب ملكية الثمار
١١٧٥	دعوى الاستحقاق	١٥ - تملك الحائز للثمار
١١٧٦	دعوى استرداد ما دفت دون حق	الدعوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين :
١١٧٦	دعوى إلغاء العقد بأثر رجعى .	دعوى الاستحقاق
١١٧٧	الشروط الواجب توافرها حتى يملك الحائز الثمار فلا يرد لها مع	دعوى استرداد ما دفت دون حق
١١٧٧	العين إلى المالك :	دعوى إلغاء العقد بأثر رجعى .
١١٧٧	قبض الحائز للثمار	الشروط الواجب توافرها حتى يملك الحائز الثمار فلا يرد لها مع
١١٧٧	اشتراط حسن النية وعدم اشتراط السبب الصحيح	العين إلى المالك :
١١٧٧	اشتراط حسن النية :	قبض الحائز للثمار
١١٧٨	حسن النية هنا معناه اعتقاد الحائز أنه يملك العين التى انتجت	اشتراط حسن النية وعدم اشتراط السبب الصحيح
١١٧٨	الثمار فأصبح مالكاً للثمار	اشتراط حسن النية :
١١٧٨	لا أهمية للسبب الذى اعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت	حسن النية هنا معناه اعتقاد الحائز أنه يملك العين التى انتجت
١١٧٨	إليه بموجبه	الثمار فأصبح مالكاً للثمار
١١٧٩	الغلط غير المغتفر ينفى حسن النية	لا أهمية للسبب الذى اعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت
١١٧٩	توافر حسن النية فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار	إليه بموجبه
١١٨٠	حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس	الغلط غير المغتفر ينفى حسن النية
١١٨١	عدم اشتراط السبب الصحيح :	توافر حسن النية فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار
١١٨١	عدم اشتراط السبب الصحيح فى التقنين الملقى المصرى	حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس

صفحة	
	اشتراط السبب الصحيح في التقنين المدني الفرنسي ولكنه
١١٨٢	لا يستقل عن شرط حسن النية بل يتلصق فيه
١١٨٢	فرقان بين التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري ..
	في القانون الفرنسي يستند الحائز إلى سند فقل للملكية
١١٨٢	ولا يستند الحائز إليه في القانون المصري
	في القانون الفرنسي يثبت الحائز التصرف التلقائي ولا يثبت
١١٨٢	الحائز هذا التصرف في القانون المصري
١١٨٢	كيف يملك الحائز الثمار :
١١٨٤	الفرق بين الثمار والمنتجات
١١٨٥	ثلاثة أنواع لثمار :
١١٨٥	ثمار طبيعية يملكها الحائز بالفصل من الأرض والحيازة
	ثمار صناعية أو مستحدثة يملكها الحائز بالفصل من
١١٨٥	الأرض والحيازة كما في الثمار الطبيعية
١١٨٥	ثمار مدنية يملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم يقبض فلا
١١٨٦	الأساس القانوني لملك الحائز لثمار :
١١٨٦	الحيازة وحدها هي سبب تملك الثمار بحكم القانون
	ولكن لا يجوز اعتبار تملك الحائز لثمار تطبيقاً لقاعدة تملك
١١٨٦	المنقول بالحيازة :
	الاعتبارات تختلف : استقرار التعامل في المنقول وترتيب
١١٨٦	حائز الثمار حياته على أنها ملكه
	خطاق التطبيق يختلف : المنقول كشيء أصلي والثمار تابعة
١١٨٧	لشيء الأصل - المجموع من المال
	الشروط تختلف : السبب الصحيح - التعامل مع المالك أو
١١٨٨	مع غير المالك - متى يتوافر حسن النية ؟
١١٨٨	٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب زدها للمالك
١١٨٩	الحالة الأولى - الحائز سيء النية منذ البداية :
١١٨٩	المالك يسترد من الحائز سيء النية ثمار العين
١١٨٩	متى يمنع على المالك أن يسترد من الحائز سيء النية ثمار العين
	الحالة الثانية - الحائز حسن النية في أول الأمر ثم أصبح سيء
١١٩٠	النية بعد ذلك :
١١٩٠	حسن النية يجب توافره في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار
	متى أصبح الحائز أو وارثه سيء النية فلا يكسب الثمار
١١٩٠	بالقبض منذ أن أصبح سيء النية

صفحة

١١٩١ عليه الدعوى :	الحالة الثالثة - الحائز باق على حسن نية ولكن المالك رفع
١١٩٢ الحائز يبقى على حسن نية بالرغم من رفع الدعوى عليه ...	
١١٩٢ الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى ...	
١١٩٣ الثمار التي يجوز ردها للمالك ...	
١١٩٣ يرد الحائز الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها ...	
١١٩٤ يسترد الحائز المصروفات التي أنفقها في إنتاج هذه الثمار ...	
١١٩٥ كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سوء النية : ..	
١١٩٥ يسترد المالك الثمار مع المين التي أنتجت الثمار ...	
١١٩٥ يسترد المالك الثمار مستقلة عن المين التي أنتجت ...	

القسم الثانى

الحقوق العينية الأصلية

المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يتفرع عنه - حق الارتفاق)

نہیں

١١٩٩	حصص الحقوق المبنية الأصلية المنفردة عن الملكية
١١٩٩	الباقي للبحث من هذه الحقوق :
١١٩٩	حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى
١١٩٩	حق الارتفاق

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

تہذیب

١٢٠٠	التعريف بحق الانتفاع
١٢٠١	خصائص حق الانتفاع :
١٢٠١	حق الانتفاع حق عيني .
١٢٠٣	حق الانتفاع ينتهى حتما بموت المتفع
١٢٠٥	حق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك
١٢٠٦	الأشياء التي تصلح أن تكون محلا لحق الانتفاع
							ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني
١٢٠٨	السابق في خصوص حق الانتفاع
١٢٠٩							الأهمية المحدودة لحق الانتفاع في مصر وأهمية الكبيرة في فرنسا

خفة البحث : أسباب كسب حق الانتفاع - الآثار التي تترتب	
على قيام حق الانتفاع - انتهاء حق الانتفاع	١٢١٠
الفرع الأول ٠ - أسباب كسب حق الانتفاع	١٢١٠
كسب حق الانتفاع ابتداء وكسبه انتقالا :	١٢١١
حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء	١٢١٢
حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا	١٢١٢
المقد قارة ينشئ حق الانتفاع وطورا ينتقنه	١٢١٢
التقادم قارة ينشئ حق الانتفاع وطورا ينتقله	١٢١٢
أسباب أربعة لكسب حق الانتفاع	١٢١٣
السبب الأول - العقد	١٢١٣
الحالة الأولى - كسب حق الانتفاع بطريق الإنشاء	١٢١٣
الحالة الثانية - كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق	١٢١٥
الحالة الثالثة - كسب حق الانتفاع بطريق نقل هذا الحق	١٢١٥
السبب الثاني - الوصية	١٢١٦
سريان أحكام الوصية	١٢١٦
الإيصاء لأشخاص متعلقين	١٢١٧
السبب الثالث - الشفعة	١٢١٩
شفعة مالك الرقبة	١٢١٩
شفعة الشريك في الشيوع	١٢١٩
السبب الرابع - التقادم	١٢٢٠
التقادم المكسب القصير	١٢٢٠
الحيازة	١٢٢٠
التقادم المكسب الطويل	١٢٢٠
مطالبة المستفيع بحق الانتفاع بعد كسبه	١٢٢١
الدعوى الميئة	١٢٢١
الدعوى الشخصية	١٢٢١
الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع	١٢٢٢
المبحث الأول - آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المستفيع	١٢٢٢
المطلب الأول - حقوق المستفيع	١٢٢٣
§ ١ - حق المستفيع في استعمال الشيء واستغلاله	١٢٢٢
حق المستفيع في استعمال الشيء	١٢٢٤
حق المستفيع في استغلال الشيء	١٢٢٥

صفحة

١٢٥٤	على مسئولية المستفع من حفظ الشيء...
١٢٥٥	أشلة من أعمال الحفظ التي يجب على المستفع القيام بها...
١٢٥٦	القيود الواردة على مسئولية المستفع من حفظ الشيء...
١٢٥٦	٤٩ - جرد المنقول وتقديم كفالة به
١٢٥٧	الاقتصار في هذا الالتزام على المنقول دون العقار
١٢٥٨	تحرير محضر جرد بالمنقول
١٢٥٩	تقديم الكفالة بالمنقول
١٢٦٠	الانقضاء بالأمشياء القابلة للاستهلاك والانقضاء بقطع من المواشي
١٢٦١	المبحث الثاني - آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة
١٢٦١	١٩ - حقوق مالك الرقبة
١٢٦١	حق التصرف في الرقبة
١٢٦٢	الحق في الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً
١٢٦٢	حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة
١٢٦٣	٢٩ - علاقة مالك الرقبة بالمستفع
١٢٦٣	وجود التزامات شخصية في ذمة المستفع نحو مالك الرقبة
١٢٦٣	لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المستفع
١٢٦٤	لا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب في تعطيل أو في إنقاص حق المستفع
١٢٦٤	حق مالك الرقبة استثناء في تعطيل أو إنقاص حق المستفع للمحافظة
١٢٦٤	على العين ..
١٢٦٥	الفرع الثالث - انتهاء حق الانتفاع
١٢٦٥	المبحث الأول - الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع
١٢٦٦	انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وبموت المستفع
١٢٦٧	انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء
١٢٦٩	انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال
١٢٦٩	انتهاء حق الانتفاع بملكه بالتقادم المكسب
١٢٧٠	انتهاء حق الانتفاع بالتزول عنه
١٢٧١	انتهاء حق الانتفاع باتحاد الأمة
١٢٧٢	المبحث الثاني - ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع
١٢٧٢	رد الشيء المستفع به إلى المالك
١٢٧٢	المبالغ التي يسترددها المستفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع
١٢٧٣	ما يحلله المستفع من بناء أو غراس

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

١٢٧٥	التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى
١٢٧٦	أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى
١٢٧٧	حكم خاص بحق السكنى ..
١٢٧٨	الأحكام المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الباب الثاني

حق الارتفاق

تمهيد

١٢٧٩	التعريف بحق الارتفاق - عناصره الثلاثة :
١٢٨٠	عقار مرتفق ..
١٢٨٠	عقار مرتفق به
١٢٨١	قائمة تحد من منفعة العقار المرتفق به لحكمة العقار المرتفق...
١٢٨٢	خصائص حق الارتفاق :
١٢٨٢	حق الارتفاق حق تابع
١٢٨٤	حق الارتفاق حق دائم
١٢٨٥	حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة ..
١٢٨٥	الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للارتفاق :
١٢٨٥	عقار بطبيعته ..
١٢٨٦	الأرض والمنشآت
١٢٨٧	جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام :
					ترتيب حق الارتفاق يتعارض مع المنفعة العامة التي خصص
١٢٨٨	لها المال
					ترتيب حق الارتفاق لا يتعارض مع المنفعة العامة التي
١٢٨٩	خصص لها المال
١٢٨٩	تكييف حق الارتفاق على المال العام في فرنسا
١٢٩٠	تكييف هذا الحق في مصر - حق ارتفاق إدارى
١٢٩١	تقسيمات حق الارتفاق :
١٢٩١	الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر

صفحة	
١٢٩٤	الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر
١٢٩٥	الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي
	استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق
١٢٩٦	الارتفاق :
	نتيجتان هامتان : عدم ضمان هذه القيود - لا تزول هذه
١٢٩٦	القيود بعدم الاستعمال
١٢٩٧	انقسام الفقه في فرنسا وفي مصر
	ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني
١٢٩٩	السابق في خصوص حق الارتفاق :
	التمييز بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية التي ترد على
١٢٩٩	حق الملكية
١٢٩٩	إكالات أسباب كسب حق الارتفاق - تخصيص المالك الأصل
١٢٩٩	كسب حق الارتفاق غير المستمر بالتقادم - حق المرور ...
	حسم الخلاف في طبيعة القيود التي تفرضها عادة شركات
١٢٩٩	الأراضي على المشترين
	تعديل حق الارتفاق أو نقله أو زواله إذا كان ذلك يدفع
١٢٩٩	الضرر عن المقار المرتفق به
	إنهاء حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء أو إذا لم يعد
١٣٠٠	للارتفاق المنفعة التي كانت له
	خطة البحث : أسباب كسب حق الارتفاق - الآثار التي تترتب
١٣٠٠	على قيامه - انتهائه

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

١٣٠١	كسب حق الارتفاق اتصالاً
١٣٠٢	كسب حق الارتفاق ابتداءً :
١٣٠٢	التصرف القانوني - تخصيص المالك الأصل - التقادم المكسب
١٣٠٣	المبحث الأول - التصرف القانوني
١٣٠٣	المطلب الأول - أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق
١٣٠٣	العقد والوصية
١٣٠٥	الأحكام الشكلية للتصرف القانوني
١٣٠٥	الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني
١٣٠٩	التسجيل

صفحة

المطلب الثاني - الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في

١٣١٠	إنشاء حق الارتفاق
١٣١٠	تطبيق القواعد العامة
					تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق
١٣١١	ارتفاق إرادية
					اختيار أعمال أخرى غير داخلة في القيود القانونية الواردة على
١٣١٥	حق الملكية محلاً لحقوق ارتفاق إرادية
					قيدان أساسيان يحدان من قوة التصرف القانوني في إنشاء حق
١٣١٧	الارتفاق
١٣١٨					التقيد الأول - حق الارتفاق يضرر على عقار لا على شخص
١٣٢١					التقيد الثاني - حق الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص
١٣٢٢	تطبيقات مختلفة
١٣٢٥	تطبيق خاص لحق منشأ لفائدة عقار - قيود البناء

المبحث الثاني - تخصيص المالك الأصل

١٣٢٣	كيف يترتب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل وعلى أي
١٣٢٤	أساس يقوم
					الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك
١٣٢٧	الأصل
١٣٢٧	١٤ - وجود مقارين مملوئين مالك واحد
١٣٢٧	عقاران منفصلان ملك واحد
١٣٢٨	جزءان من عقار واحد
					١٥ - جعل هذا المالك الواحد أحد المقارين يخدم بالفعل
١٣٢٨	العقار الآخر
١٣٢٨	جعل أحد المقارين في وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر
١٣٤٠	المالك الأصل المقارين هو الذي أنشأ الوضع بالفعل القائم
١٣٤١					١٦ - وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع بالفعل
١٣٤١					الارتفاق الظاهر وحده هو الذي يكسب بتخصيص المالك الأصل
					وجوب بقاء العلامة الظاهرة إلى وقت أن يتلك المقارين مالكا
١٣٤٢	مخلفان
١٣٤٢					يكفي أن يكون الارتفاق ظاهراً ولا يشترط أن يكون مستمراً
١٣٤٣	الارتفاق السابق لا يكسب بتخصيص المالك الأصل

- § ٤ - صيرورة العقارين مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- كيف يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم نشوئه ... ١٣٤٥
- المبحث الثالث - انتقادم المكسب ... ١٣٤٧
- § ١ - حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم ... ١٣٤٧
- وجوب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ١٣٤٧
- حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٨
- حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٩
- حق الارتفاق للظاهر غير المستمر يجوز أيضاً كسبه بالتقادم ... ١٣٥٠
- طريقة استعمال حق الارتفاق للظاهر يجوز كسبها بالتقادم ... ١٣٥٢
- § ٢ - حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٣
- الحيازة في حق الارتفاق كاختيار في الملكية ... ١٣٥٣
- أعمال التماسح في حيازة حق الارتفاق لا تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٥
- إتيان الرخصة من المباحات لا تؤدي إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم ١٣٥٦
- § ٣ - مدة التقادم .. ١٣٥٧
- مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ... ١٣٥٨
- مدة التقادم في التقنين المدني المصري ... ١٣٦٠

الفصل الثاني

الآثار التي تنترتب على قيام حق الارتفاق

- المبحث الأول - الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ١٣٦٣
- § ١ - تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق ... ١٣٦٣
- تحديد مدى حق الارتفاق ١٣٦٣
- تجزئة العقار المرتفق ... ١٣٦٥
- تجزئة العقار المرتفق به ... ١٣٦٨
- استعمال حق الارتفاق : ١٣٦٩
- مجاورة مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ... ١٣٧١
- إساءة مالك العقار المرتفق استعمال حق الارتفاق ... ١٣٧٣
- نقطة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والحفاظة عليه ... ١٣٧٤

صفحة	
١٣٧٧ ...	§ ٢ — الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق ...
١٣٧٧ ...	دعوى الإقرار بحق الارتفاق ...
١٣٧٨ ...	دعوى الحيابة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون الفرنسي ...
١٣٧٨ ...	دعوى الحيابة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون المصري ...
١٣٧٩ ...	المبحث الثاني — الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به ...
١٣٧٩ ...	§ ١ — واجبات مالك العقار المرتفق به ...
١٣٨١ ...	واجبات سلبية محضة ...
	امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعوق استعمال حق
١٣٨٣ ...	الارتفاق ..
١٣٨٣ ...	الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب ...
١٣٨٤ ...	إمكان تغيير الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ..
١٣٨٧ ...	§ ٢ — الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق به ...
١٣٨٧ ...	دعوى إنكار حق الارتفاق ...
١٣٨٨ ...	دعوى الحيابة ...

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

١٣٨٩ ...	بيان هذه الأسباب :
١٣٩٠ ...	انقضاء الأجل .
١٣٩١ ...	هلاك أحد العقارين ...
١٣٩٢ ...	اتحاد الذمة ...
١٣٩٤ ...	عدم الاستعمال أو التقادم المسقط
١٣٩٩ ...	استحالة استعمال حق الارتفاق ...
١٤٠٢ ...	انعدام الفائدة من حق الارتفاق ...
١٤٠٣ ...	تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به
١٤٠٤ ...	نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه ...

ما ظهر من أجزاء الوسيط

وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

- الجزء الأول - في مصادر الالتزام (الطبعة الأولى) سنة ١٩٥٢
 (الطبعة الثانية) ١٩٦٤
- الجزء الثاني - في الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦
- الجزء الثالث - في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضاءه سنة ١٩٥٨
- الجزء الرابع - في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠
- الجزء الخامس - في العقود الأخرى الواردة على الملكية سنة ١٩٦٢
 (الهبة والشركة والقوض والدخل الدائم والصلح)
- الجزء السادس - (مجلدان) في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار
 والعارية) سنة ١٩٦٣
- الجزء السابع - (مجلدان) المجلد الأول في العقود الواردة على
 العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)
 المجلد الثاني في عقود الغرر (عقد التأمين
 والمقامرة والرهن والمرتب على الحياة) سنة ١٩٦٤
- الجزء الثامن - في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء
 والأموال) سنة ١٩٦٧
- الجزء التاسع - في أسباب كسب الملكية - الحقوق الأصلية
 المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق
 الارتفاق) سنة ١٩٦٨

ما هو تحت الإعداد

- الجزء العاشر - في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن
 الرسمي وحق الاختصاص ورهن الحياة
 وحقوق الامتياز)

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول - في نظرية الالتزام بوجه عام (ويشتمل على
الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦

• • •

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني - في العقود المسماة
(ويشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس
من الوسيط) .
الجزء الثالث - في الحقوق العينية والتأمينات
(ويشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من
الوسيط) .

للمؤلف

(أولا) كتب

- ١ - القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥
- ٢ - الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦
- ٣ - عقد الإيجار سنة ١٩٣٠
- ٤ - نظرية العقد سنة ١٩٣٤
- ٥ - الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨
- ٦ - أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت) سنة ١٩٣٨
- ٧ - التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤
- ٨ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي) للجزء الأول - مقدمة - صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤
الجزء الثاني - مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط والتدليس والإكراه والغبن في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٥
- الجزء الثالث - محل العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٦
- الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٧
- الجزء الخامس - آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٨

- الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم تنفيذ والإقالة في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩
- ٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهرت منه تسعة أجزاء انظر آنفاً) سنة ١٩٥٢ - سنة ١٩٦٨
- ١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول - انظر آنفاً) سنة ١٩٦٦

(ثانياً) بحوث ومقالات

- ١ - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة لامبير) .
- ٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .
- ٣ - المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلبي بهجت بلوى - مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٤ - المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .
- ٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .
- ٦ - الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .
- ٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

١٤٧١

- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦)
- ١٠ - مقارنة المجلة بالقانون المدني (بحوث القيمة في كاية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المفاوضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .



Bibliotheca Alexandrina



0548704